

Título: Sobre las transformaciones del Derecho Público: Hacia el Estado regulador y garante. Nuevos y antiguos problemas

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY 04/11/2019, 1 - LA LEY2019-F, 596

Cita: TR LALEY AR/DOC/3501/2019

Sumario: I. Un nuevo modelo de Estado.— II. El escenario mundial: la aceleración histórica.— III. Origen y complejidad de las crisis económicas.— IV. Sobre la regulación económica.— V. El quid de la función reguladora y garantística del Estado.— VI. La equivalencia entre Estado subsidiario y Estado regulador y garante.— VII. Las transformaciones en materia de contratación pública.— VIII. Principales características y proyecciones jurídicas que plantean, en general, las transformaciones del Derecho Público.— IX. La justicia social.

La principal dificultad que debe superar la concepción del Estado regulador y garante se encuentra en el carácter fragmentario y pluricéntrico de la sociedad actual que refleja el desorden generado por las ideologías que han pretendido suplantar la realidad por meras conjeturas dogmáticas.

(*)

I. Un nuevo modelo de Estado (**)

Es sabido que, tanto en América como en Europa, el Estado de Derecho del siglo XIX, basado en las ideas del liberalismo político y económico, fue parcialmente solapado por otro modelo que puso el acento en lo social, a través de una Administración de carácter prestacional y el reconocimiento de los llamados derechos de tercera generación, produciendo un cambio profundo en el modelo del clásico Estado liberal.

Mientras el Estado Social de Derecho (basado en la concepción de Heller) acentuó el papel del Estado en la configuración y protección de los derechos sociales y en las prestaciones debidas a los ciudadanos, ha surgido en estos últimos años un nuevo modelo en el que la Administración, en definitiva el Estado, sin abandonar los fines que perseguía el arquetipo anterior, se repliega del plano de la gestión de aquellos derechos, concentrándose en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen necesidades colectivas, cuya actividad se adjudica de modo preferente a los sectores privados, en el marco de una clara aplicación del principio de subsidiariedad.

Así, de un modo escasamente percibido por el propio constitucionalismo social, se ha operado un cambio en los protagonistas del derecho público, potenciándose el rol de la sociedad que, de mera espectadora de la realidad, pasa a cumplir funciones relevantes, en colaboración estrecha con la Administración Pública.

Este proceso que, a pesar de las crisis económicas, viene llevándose a cabo en la mayoría de los países pertenecientes a la cultura política occidental, responde a varias causas. Por lo pronto no implica el abandono de los postulados clásicos en los que se fundaba el Estado de Derecho liberal (principalmente del principio de separación de poderes, el de legalidad y la consagración de las libertades fundamentales) ni tampoco de los derechos y principios proclamados por el constitucionalismo social, reconocidos en la mayoría de las constituciones sancionadas tras la Segunda Guerra Mundial.

En el escenario antes descrito aparece la concepción del Estado regulador y garante (1), cuya construcción obedece a una serie de razones que van desde las conocidas ineficiencias del sector público, los altos costos que genera el sistema prestacional a cargo del Estado y su política redistributiva, como consecuencia del crecimiento demográfico, hasta el surgimiento generalizado del proceso de globalización de la economía.

Ese conjunto de factores condujo a de una fuerte competencia entre los actores económicos de los distintos países generando un mayor protagonismo de los sectores privados de la sociedad, que llevó a las respectivas Administraciones Públicas a suprimir de cuajo las trabas burocráticas que afectaban el libre comercio e industria y la iniciativa privada.

Debido a la retirada del Estado gestor se consolidó el dualismo Sociedad-Estado que según Messner (2) constituye uno de los principios jurídico-sociales de máxima relevancia en la medida que potencia los derechos preexistentes derivados del orden natural (sobre todo la propiedad y las libertades), ampliando el grado de participación en la economía de los individuos, empresas y demás cuerpos intermedios de la sociedad.

Resulta paradójal que el Estado Regulador y Garante, lejos de abandonar su función social, procure alcanzar los mejores niveles de calidad y eficiencia de los servicios públicos, mediante la colaboración privada. Con todo, no es un repliegue absoluto, pues se trata de una retirada instrumental (3), ya que el Estado garantiza las prestaciones y servicios sociales mediante la función de control y vigilancia sobre los operadores privados a los que se les han transferido funciones públicas.

En la filosofía que anida en este proceso hay un retorno a la clásica concepción del bien común (4) que, aun cuando sea un producto medieval, luce ahora nuevamente en muchos de nuestros países que han basado sus esquemas regulatorios y garantísticos en el principio de subsidiariedad. Hasta en el campo de la literatura se advirtió la necesidad del "desarme del Estado", pues la prioridad no es la exaltación de este sino la integración de las diferencias y el equilibrio de las relaciones sociales mediante el fortalecimiento de la sociedad (5).

La principal dificultad que debe superar la concepción del Estado Regulador y Garante se encuentra en el carácter fragmentario y pluricéntrico de la sociedad actual que refleja el desorden generado por las ideologías que han pretendido suplantar la realidad por meras conjeturas dogmáticas. Al propio tiempo se ha producido la aparición de líderes populistas que basan su acción en el conocido esquema schmittiano fundado en la oposición que resulta del axioma amigo-enemigo.

En un sentido opuesto transita la transformación del modelo de Estado que se apoya en la concepción del bien común del realismo filosófico, en cuanto proporciona el fundamento del nuevo tipo estatal que explica los cambios que han ocurrido en las relaciones entre la sociedad y el Estado.

En palabras de Bruno Laserre —vicepresidente del Consejo de Estado francés— pronunciadas este año en la Escuela Nacional de Administración: "es posible afirmar que el Estado regulador es un estado transformado en sus funciones y en sus modalidades de acción, un Estado que no es más un operador directo del juego económico, pero que tiende a través de métodos normativos más flexibles que la prescripción y la coacción, a incitar y a canalizar los comportamientos individuales y privados (6), a fin de alcanzar un equilibrio y de garantizar el funcionamiento de un sistema complejo como el de la sociedad".

"La regulación recubre así una nueva forma de normatividad (7) que deriva de la necesidad de adaptarse a situaciones evolutivas para las cuales las formas habituales de la ley y del reglamento resultan ineficaces o insuficientes. Bajo esta "Nueva bandera de la normatividad" (8) descrita por el profesor Yves Gaudemet, la regulación se apoya en particular sobre instrumentos de derecho más o menos flexibles que van desde las recomendaciones con códigos de compliance, pasando por líneas directrices, contratos de rendimiento y estatutos de deontología. Y esta escala de normatividad graduada (9) permite a las autoridades administrativas independientes aprehender mejor las situaciones concretas para adaptarse más eficazmente".

II. El escenario mundial: la aceleración histórica

El nuevo milenio nos muestra el armado de un escenario muy diferente a los que conocimos durante el pasado siglo, sin que pueda determinarse con algún grado de certeza que el extraordinario cambio que experimentamos responda a una única causa (10).

Cuando se pensaba que, tras la caída del muro de Berlín, se había producido la consolidación del capitalismo liberal en casi todo el Occidente y, consecuentemente, desaparecido de la faz de la tierra la ideología marxista-leninista, los Estados se han visto obligados a desenvolver su acción política y económica en medio de constantes crisis cuyas consecuencias generan desconcierto e incertidumbre.

Si bien el equilibrio mundial nunca ha sido ni es permanente y el fiel de la balanza suele oscilar al compás de las fuerzas que operan en el plano político y económico, nunca como ahora las transformaciones han sido tan aceleradas. El ritmo de esa aceleración histórica y las rebeliones que provocan las masas, fenómenos percibidos en su tiempo por Ortega y Gasset, resultan en la actualidad exponenciales, dado que gracias al impulso de las nuevas tecnologías, todos los intercambios (científicos, culturales, comerciales, financieros, industriales etc.) se aceleran y en gran medida se opera la colectivización de la vida individual al par que los ciudadanos exigen al Estado un nivel de transparencia que antes se hubiera considerado excesivo.

En esa gran vidriera, donde todo está a la vista de todos y todo se ofrece al mejor postor, en algunos casos lamentablemente hasta incluso los seres humanos, la especulación financiera exhibe un materialismo abusivo, contrario a la filosofía del libre mercado, sin que los Estados acierten con políticas eficaces y razonables para remediar las crisis provocadas en el seno de un capitalismo sin regulaciones eficientes que impidan las prácticas abusivas.

Esta forma de capitalismo desenfrenado no resulta compatible con la economía de mercado, por la sencilla razón de que en vez de mantener sano al mercado termina destruyendo sus bases de sustentación que son las libertades de las personas y los diversos derechos derivados de ellas.

Buena parte de esta responsabilidad la tienen las propias instituciones jurídicas que ha desarrollado el capitalismo al establecer regulaciones que hicieron posible que la función de los bancos pasara de ser una actividad consistente en el otorgamiento de créditos y garante de los depósitos monetarios de las personas a intervenir activamente en negocios financieros de intermediación e inversión.

En ese contexto, las empresas perdieron personalidad, al ser controladas por fondos de inversión cuyos

representantes no mantienen la conexión que tenían los antiguos gerentes con los dueños o titulares del gobierno corporativo, ya que estos son realmente anónimos y la propiedad del capital de las empresas cambia de un modo constante. Se ha visto cómo algunos Fondos de Inversión adquirieron empresas solo para hacer una racionalización de personal con el objeto de aumentar su valor y luego venderlas exitosamente en el mercado, aunque a la larga cada empresa, al haber perdido su capital humano, concluya cayendo en situación de quiebra o falencia y termine en manos de acreedores interesados solo en percibir sus créditos sin importarles la subsistencia empresarial ni la consiguiente creación de valor para la economía.

Estos son los avatares de un capitalismo, predominantemente financiero, que las instituciones jurídicas encabezadas por el Estado y las organizaciones intermedias nacionales, así como las internacionales, no han podido regular con eficacia y razonabilidad, no obstante haberse volcado mucha tinta en describir la necesidad de una regulación financiera mundial o regional que impida la repetición de las graves crisis que se proyectaron de algún modo a todos los países, como la ocurrida en el 2008 [\(11\)](#).

No se trata entonces de discutir si la economía de mercado constituye el mejor sistema económico, sino de que los Estados y las organizaciones mundiales asuman las funciones de regular la actividad privada de un modo razonable (principalmente la financiera) para impedir abusos y vigilar las posiciones dominantes, garantizando la prestación de los servicios esenciales a la comunidad. Se trata, entonces, de dar vida al Estado regulador y garante, que proclama la economía de mercado bajo el principio de la suplencia según el cual, como regla, la gestión económica ha de estar a cargo de los sectores privados de la economía, salvo casos de insuficiencia o ausencia de interés por parte de los particulares. Por eso, hace tiempo vengo calificando a este modelo de Estado como Estado subsidiario [\(12\)](#), fórmula que viene a coincidir con la moderna concepción europea del Estado regulador y garante de las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas esenciales de la población, a cargo del sector privado [\(13\)](#), cuyo eje teleológico se encuentra en la noción de bien común.

III. Origen y complejidad de las crisis económicas

El sueño de Hegel parece haberse cumplido en la medida en que vivimos un mundo en continuo movimiento. Un mundo que ha perdido el equilibrio y la consecuente estabilidad económica que reinaba en los siglos anteriores que, si bien nunca fue absoluta, muestra que las crisis generadas al finalizar la Primera Guerra Mundial y más tarde la de 1929 (que produjo la gran depresión) obedecen a causas de mayor complejidad. Son fruto de la combinación de factores sociales y políticos que llegan a provocar constantemente conflictos armados, primero mundiales y actualmente regionales, en los que se mezcla la ideología con la geopolítica.

En general, la crisis aparece como la intensificación brusca de los síntomas de una enfermedad. Si apelamos al clásico concepto que brinda la ciencia económica, la crisis constituye un fenómeno caracterizado por la reducción de la tasa de crecimiento de la producción de una economía o la fase más baja de la actividad de un ciclo económico.

En un mundo interconectado por los intercambios comerciales y tecnológicos la crisis de un país de gran significación económica mundial (como los EE.UU.) puede proyectarse rápidamente a los restantes Estados como un reguero de pólvora. Es lo que ocurrió en una época reciente (en 2008), con efectos adversos para la economía periférica.

La velocidad de las comunicaciones, por obra de la tecnología, contribuye a acelerar los movimientos de circulación de capitales provocando su fuga en aquellos países cuyas finanzas resultan más débiles y comprometidas por las consecuencias de la crisis. Esos capitales acaban refugiándose en los países de mayor fortaleza económica, provocando la suba de las tasas de interés del endeudamiento interno y externo en los Estados receptores de dichos capitales.

Como consecuencia de la naturaleza que exhiben las crisis se torna muy difícil prever los ciclos económicos, es decir, la alternancia de las fases expansiva y depresiva de una determinada economía, lo que genera un alto nivel de desconcierto y falta de confianza que pesa sobre las decisiones de inversión.

En algunos casos, las causas de la crisis son nacionales, aunque pueden responder a ideologías políticas compartidas con otros Estados, como fue el mal llamado socialismo del siglo XXI, que emparentó a Venezuela con Argentina (originado en el Foro de San Pablo), que provocó un empobrecimiento generalizado en ambos pueblos y un aumento desmedido de la tasa de inflación.

Pero en otros supuestos, la crisis se produce por causa de la pérdida o ausencia de poder político en el marco de una mala praxis de la política económica, basada en un alto endeudamiento con desequilibrio fiscal como aconteció en Argentina en el 2001. En esa ocasión, la crisis explotó a raíz de decisiones de organismos internacionales que abandonaron el apoyo financiero que venían dando. Al retirar el FMI la asistencia crediticia se produjo el "default", que tanto perjudicó a nuestra economía. Pero, como la adjudicación de culpas está

cargada de ideología debe quedar claro que la crisis fue la resultante de la equivocada política económica seguida por el gobierno de turno, tal como ha ocurrido en la actualidad, bajo un diferente ropaje político.

IV. Sobre la regulación económica

El retorno a los sistemas de la gestión privada de los servicios públicos ha transformado el papel que venía cumpliendo el Estado hasta el instante mismo de la operación privatizadora, convirtiéndolo en árbitro de una nueva situación. En forma concomitante se produjo una serie de desprendimientos o segregaciones de actividades que sin calificarse, no obstante, como servicios públicos, fueron también reguladas por el Estado, en virtud del interés público que trasuntaban las respectivas prestaciones y su evidente conexión con los objetos reservados para los fines del servicio público, es decir, para la atención de las necesidades primordiales de la población.

Lo que no parece viable a esta altura del proceso de transformación del Estado es pretender aplicar a la nueva situación producida por la reforma los principios y las recetas que contenía el molde del derecho administrativo clásico, que no solo contribuyó al quiebre del sistema de gestión privada de los servicios públicos (aun cuando también existieron motivaciones políticas), sino que resulta hoy insuficiente (las más de las veces) para superar la crisis y regular el conjunto de hechos económicos que se van reproduciendo en los distintos países. Este es un punto de partida no ignorado por los protagonistas de la regulación.

Tampoco se ignora el distinto sentido que adquiere la propia idea de regulación económica al perseguir como principal objetivo, en beneficio de los consumidores o usuarios, la promoción de la competencia —tanto perfecta como imperfecta— y de las libertades del mercado (14), en la medida de lo posible, sin perjuicio, claro está, de otros fines también trascendentes (15), como la protección ambiental, la estabilidad de los suministros, la eficiencia y calidad de los servicios y la protección de los derechos de los usuarios.

En Argentina, uno de los países que contaba con un sistema bastante adelantado en la materia, todas esas finalidades fueron recibidas en los marcos regulatorios establecidos para cada actividad sectorial y en la reforma constitucional de 1994 (16). Pero las sucesivas crisis dieron por tierra con todas las instituciones regulatorias.

Con todo, la pasada regulación ocurrida al finalizar el siglo anterior vino a reafirmar los postulados del principio de subsidiariedad (17), procurando alcanzar la convergencia entre la realidad económica y un conjunto de técnicas jurídicas encaminadas a introducir los cambios que reclama la nueva cultura.

Esta cultura debe desplazar algunas de las ineficiencias que venían pesando sobre el accionar del Estado. En ese contexto, los entes reguladores precisan contar con los instrumentos idóneos para cumplir con los fines de la regulación y para garantizar a los destinatarios (concesionarios y usuarios) la estabilidad y justicia de las decisiones que emanan de las autoridades regulatorias.

El fenómeno regulatorio tiene una naturaleza interdisciplinaria. Ello aumenta la necesidad del trabajo común entre los diversos cuerpos o grupos de profesionales especializados (18) que desempeñan actividades involucradas en cada sector regulado. El producto de esta interacción, que se viene dando tanto en las empresas como en los entes regulatorios debe tender, como es lógico, hacia el reconocimiento de reglas comunes, para dotar al sistema de la mayor seguridad jurídica que sea posible, frente a la incertidumbre que plantean los vacíos legales y/o técnicos y la aparición de problemas antes desconocidos donde, al menos, se configura un limitado poder discrecional para crear la fórmula técnica o jurídica aplicable al caso.

Ese realismo, que traduce la colaboración recíproca entre reguladores y regulados, no puede implicar la captura de unos ni de otros sino la prosecución del bien común, que no es compatible con las resoluciones adoptadas bajo la presión de los factores de poder (como la prensa, los partidos políticos, las organizaciones de consumidores y hasta el sector empresario). Estos factores de poder suelen intervenir activamente en los procesos de toma de decisiones, desviando a los reguladores de los fines esenciales que presiden su actuación.

De lo contrario se perderían las ventajas que implica la creación de un conjunto de entes reguladores caracterizados por su independencia y especialidad, ya que si estos se contagian de los defectos que se le adjudica a la regulación burocrática o centralizada, dependiente de la Administración y por tanto influenciada más directamente por consideraciones políticas, no se justifica su creación institucional. En ese sentido, los paneles de expertos previstos en el ordenamiento chileno han contribuido a dotar de eficiencia técnica, imparcialidad y seguridad jurídica a los procedimientos litigiosos.

Por lo demás, a esta altura de la evolución histórico-política no puede desconocerse que el concepto tradicional del servicio público se encuentra ante una nueva crisis y hasta se sostuvo, en los comienzos del proceso de liberalización, que su ciclo había terminado, que había que hacerle un digno entierro, como consecuencia de haber cambiado sustancialmente los presupuestos económicos y sociales sobre los que esta institución había alcanzado un grado extraordinario de desarrollo (19).

Sin embargo, en muchos países de Iberoamérica (20) la supervivencia del servicio público, bajo un nuevo ropaje acotado por el principio de subsidiariedad y adaptado a las nuevas finalidades de la regulación, constituye un dato de la realidad que no se puede soslayar.

En un trabajo anterior (21) sostuvimos que resulta erróneo atribuir a Duguit la paternidad de la teoría del servicio público. Más aún, el servicio público (22) no recibe una sola impronta ideológica, constituyendo una técnica instrumental que, como categoría histórica, irrumpe en las relaciones entre Sociedad y Estado.

En la misma corriente de esa idea, ha recordado Meilán (23) que, aun cuando resulta en cierto modo paradójico, el origen de la noción doctrinaria pertenece al decano Hauriou.

Para este autor, el derecho administrativo se encuentra más orientado hacia la gestión de los servicios públicos que a la pura policía (24) y constituye una noción capital del "régimen administrativo", junto con el poder público. Mientras el servicio público configura el fin que persigue la obra que lleva a cabo la Administración Pública, el poder público implica el medio de realización de dicha finalidad que autolimita el poder por la "idea de servicio" (25). Como puede apreciarse, nada más lejos de la concepción estatista que desarrolló la denominada Escuela de Burdeos, con Duguit a la cabeza, que idealizó al Estado como titular de derechos objetivos anteriores a este. Además, al desplazar la idea de poder público, con fundamento en una concepción pretendidamente antiautoritaria y solidarista y hacer del Estado una suerte de cooperativa de servicios públicos, se dio otra paradoja, pues, en definitiva, desaparecieron los límites materiales del poder público, el que pudo ser ejercido discrecionalmente por el Estado con el objeto de cumplir con sus responsabilidades sociales en aras del interés general (26).

En sus orígenes, como se ha señalado, "la concesión del servicio público, es decir, su gestión por los particulares, es el único medio que el Estado entendía entonces para satisfacer esas demandas..." de una sociedad cada vez más industrial y urbana (27). Pero, la ideología socialista que latía en la concepción de Duguit, al transformarse en una concepción autoritaria y estatista, generó una ruptura profunda en el sistema de la concesión, a tal punto que el Estado terminó haciéndose cargo de la gestión directa de los servicios públicos (28). Es lo que se conoció como la nacionalización de los grandes servicios públicos (especialmente los llamados industriales o comerciales) que más tarde, en la era del "Estado de Bienestar", alcanzó un nivel de generalización casi total, siendo muy pocos los países que pudieron sustraerse al influjo estatizante.

A partir del proceso de transformación del Estado, en un marco ideológico que tiende a reducir la categoría del servicio público a determinadas actividades esenciales o primordiales, se observa, de una parte, el repliegue estatal que se produjo a raíz del abandono de la gestión directa y, de otra, la aparición de la competencia junto a las innovaciones tecnológicas. Este nuevo marco persigue el objetivo de alcanzar la eficiencia de las prestaciones con base en la ideología de la libertad de mercado, actuando los derechos fundamentales como límites naturales que acotan el alcance de la institución.

Esta idea que, en cierta medida, está en sintonía con la concepción de Hauriou, armoniza plenamente con el principio de subsidiariedad y comienza a incorporarse en las legislaciones y textos constitucionales (v.gr., art. 173 de la Constitución de Brasil).

Un reflejo nítido de ello se advierte en el art. 42 de nuestra CN en 1994, que impone a las autoridades proveer "a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales" y "al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos".

A su vez, si bien el art. 128.2 de la Constitución española no acoge el principio de subsidiariedad, al reconocer "la iniciativa pública en materia económica", se ha interpretado que dicha intervención tiene como límite el de someterse a las mismas exigencias que los particulares para no desnaturalizar el principio de libre competencia que constituye, por otra parte, un principio básico y central del derecho comunitario (29).

V. El quid de la función reguladora y garantística del Estado

Existen varias definiciones en torno al concepto de regulación e, incluso, se ha llegado a suponer que equivale a la función de garantía que pesa sobre el Estado para satisfacer las necesidades colectivas de la población.

Pero, en rigor, son funciones diferentes que aparecen unidas en la praxis del Estado Regulador y Garante. En coincidencia con Muñoz Machado, si bien con anterioridad ubicamos esta función dentro de la actividad interventora, pensamos que sus características actuales conducen a la superación de las clasificaciones clásicas (una de las cuales se basaba en la diferencia entre actividades de intervención y la de prestación) y que hoy en día habría que acomodar esos conceptos a la nueva realidad que ha modificado las relaciones entre la sociedad y el Estado.

Esta nueva realidad nos lleva a coincidir en que el quid de la regulación, conforme a la definición propuesta

por Philip Selznick, desde el campo de la sociología del derecho, consiste en "un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social" (30).

La regulación se lleva a cabo a través de diferentes formas que traducen la atribución de poderes o facultades. Desde la ley, el reglamento, el acto y el contrato administrativo hasta las instrucciones y órdenes reguladoras por parte de entidades estatales y aun privadas (la autorregulación), ese conjunto de normas generales y decisiones individuales constituye un universo jurídico que abarca el contenido de la mayoría de las instituciones del derecho administrativo.

Este proceso, que se produce como consecuencia de la inserción del mayor protagonismo de la Sociedad en el Estado, exige reconsiderar la reformulación de las instituciones tradicionales del Derecho Administrativo para adaptarlas al nuevo esquema relacional en el que suelen enfrentarse diferentes concepciones sobre el derecho, como ocurre, en los países europeos, más que en Iberoamérica, donde reina una mayor unidad doctrinaria e institucional.

Se trata, de una actividad continua, típica de la función administrativa de ordenación y seguimiento de determinadas actividades privadas por razones de interés público, que no excluye el control de la autorregulación. De esa manera, se admite una serie de actividades privadas que, habiendo sido con anterioridad reguladas por el Estado, escapan su dirección, porque han pasado a autorregularse, sin que ello implique que el Estado abdique de su potestad reguladora.

En la búsqueda de las causas que determinan la necesidad de las regulaciones han surgido diversas teorías y posturas que la doctrina ha sistematizado, sobre la base de la realidad europea (31).

En tal sentido, cabe preguntarse: ¿Cuándo el Estado debe acometer la regulación de un sector o actividad económica o social o se permite a los particulares autorregularse para fijar sus propias reglas —por ejemplo— en punto en calidad y competitividad? Al respecto, mediante el enlace con el pensamiento de los economistas, se han descrito las siguientes situaciones:

a. Una primera, sobre la que hay consenso entre las distintas concepciones económicas e ideológicas, se rige por el clásico esquema del derecho administrativo, con ligeras adaptaciones al nuevo modelo de Estado. Ellas "suponen el ejercicio de la autoridad e implican la reserva de poderes coactivos" (32) hallándose fuera del comercio del derecho privado. Se trata de las funciones básicas y esenciales del Estado como la justicia, la hacienda pública, la defensa, la policía de seguridad y la realización de grandes infraestructuras públicas que benefician a toda la colectividad. Entre los economistas estas actividades se denominan bienes públicos y funciones públicas; y no solo son financiadas por el presupuesto del Estado, sino que este tiene a su cargo la organización de dichas actividades. Aquí no hay duda que corresponde aplicar todo el bagaje de normas y principios del derecho administrativo, aunque en punto a la gestión de dichos servicios se admita que, excepcionalmente, sean prestados por particulares a través de la figura de la concesión u otras (v.gr., el servicio penitenciario).

b. Al margen de las funciones básicas del Estado se encuentran los servicios de carácter económico que satisfacen las necesidades colectivas de la población que, en Iberoamérica, a diferencia de la Unión Europea y de los EE.UU., siguen en sus lineamientos generales y principios la concepción francesa del servicio público. En Europa, si bien se acepta que los servicios públicos que se prestan en razón de la demanda (energía, comunicaciones y transporte) puedan ser de titularidad privada, también es posible que, para mantener la cohesión social y la calidad de vida de los habitantes, se admita la financiación estatal.

En Iberoamérica, algunos hemos pensado que en el caso de los servicios públicos tradicionales la titularidad del Estado no implica la propiedad o dominio del servicio público (33) sino el poder de regularlo con mayor intensidad. En general se han simplificado las clasificaciones (a diferencia de Europa), quedando dos formas básicas: los servicios públicos y las actividades de interés público, siendo objeto los primeros de una regulación más intensa.

c. Otra de las situaciones en las que se impone la regulación es la de los monopolios naturales, cuyas infraestructuras sería antieconómico duplicar en razón de que, entre otras cosas, dificultan el control estatal y resultan física o económicamente inviables, particularmente en los servicios de redes. En general, en estos sectores (v.gr. la distribución de agua potable) conviven la gestión estatal con la mixta o privada.

d. La regulación también aparece justificada en el plano de la economía por la teoría de la competencia imperfecta que procura promover la competencia y corregir las fallas del mercado. Con todo, hay escuelas económicas como la de Chicago o la austríaca que, por principio, suponen que el mejor regulador es el mercado. Lo cierto es que, en el campo de la realidad, se han creado en casi todos los Estados americanos organismos o

agencias con la misión de proteger la libre competencia y de evitar los abusos de las posiciones dominantes en el mercado.

Aparte de las causas señaladas precedentemente existen otras que también vienen a justificar la regulación como: 1) la necesidad de controlar beneficios inesperados (el caso de los países que cuentan con grandes reservas de petróleo y gas); 2) las correcciones de los precios debido a aumentos de los costos imprevistos como pueden ser las "externalidades" ambientales que se imponen a la fabricación; 3) la conveniencia de ordenar la información y garantías frente a productos defectuosos; y 4) la necesidad de regular la excesiva competencia en los mercados (v.gr., en el transporte aéreo) (34).

En lo que concierne a la función de garantía del Estado, esta ha sido considerada como equivalente a la regulación (35). En rigor, la función garantística viene a ser una especie de un género de mayor amplitud que la regulación, dado que esta última no solo persigue garantizar y asegurar las prestaciones y actividades públicas y privadas que satisfacen las necesidades de la población, sino que también procura promover la competencia y las libertades de mercado, impidiendo las prácticas abusivas y controlando los monopolios materiales, entre otras funciones (36).

Por lo tanto, la función garantística, aun cuando sea cumplida por agentes privados a través de la autorregulación, es parte de la función reguladora, constituyendo esta un "supraconcepto" susceptible de albergar la mayor parte de las funciones estatales, incluso la resolución, en primera instancia, de los conflictos de naturaleza jurisdiccional, en el campo de los servicios públicos. El alcance de la regulación es por sí mismo muy amplio al comprender tanto la actividad de promoción como la de garantizar que los operadores del mercado no desvirtúen la libre competencia o no ejerzan sus poderes monopólicos (en el caso de los monopolios naturales) de un modo abusivo, en perjuicio de los usuarios o clientes.

Estos fines que persigue el Estado vienen a potenciar la aplicación en la práctica del principio de subsidiariedad en sus relaciones con la sociedad y sus variadas organizaciones, configurando el eje sobre el que gira la doctrina sobre el bien común como causa final del Estado.

VI. La equivalencia entre Estado subsidiario y Estado regulador y garante

Como hemos dicho, el quiebre del Estado prestacional y el mayor protagonismo consecuente de la sociedad en las actividades de relevante interés público, que venían siendo gestionadas por órganos y entes estatales, ha originado una transformación de los objetivos del Estado cuyos fines y objeto resultan equivalentes a los que, a partir de la década del noventa del siglo XX, pretendió cumplir en nuestro país.

En efecto, reiterando lo que dijimos hace algún tiempo (37), el Estado subsidiario constituye una organización binaria que se integra con una unidad de superior jerarquía que ejerce funciones intransferibles (justicia, defensa, relaciones exteriores, legislación básica, seguridad, hacienda) pertenecientes al Estado como comunidad superior que ejerce esas funciones directivas y que, al propio tiempo, completa su accionar con la colaboración de una serie de instituciones públicas y privadas que concurren a la satisfacción de las necesidades colectivas (v.gr., educación, previsión social, salud, servicios públicos). Lo trascendente de este modelo es que la intervención del Estado en el campo económico-social es, supletoria, como regla general. Este principio se encuentra en la base de la concepción del bien común —de raigambre aristotélico-tomista—, cuyo retorno ha sido destacado por parte de la doctrina moderna (38).

Dicho principio —en su faz pasiva— veda al Estado la realización de todo aquello que los particulares puedan hacer por su propia iniciativa y, al propio tiempo, obsta a que el Estado absorba las funciones que puedan llevar a cabo las entidades públicas de menor jerarquía (ej. Provincias) o los llamados cuerpos intermedios de la sociedad que llevan a cabo funciones públicas (v.gr., colegios profesionales). A la vez, en su faz activa, ese principio obliga al Estado a desarrollar aquellas actividades de interés público o social ante la insuficiencia de los particulares o entidades intermedias.

VII. Las transformaciones en materia de contratación pública

En la regulación de la materia de contratación pública la tendencia prevaleciente, en una considerable parcela del derecho europeo y latinoamericano, continúa afiliada a la construcción administrativista, de base francesa y española (39), al considerar, como categoría básica de la contratación de las Administraciones Públicas, la figura del contrato administrativo en razón de su objeto, caracterizado por un fin público relevante, que se relaciona con el llamado giro o tráfico común de la Administración y la presencia del prerrogativas de poder público que se integran con las garantías que tienden a mantener el equilibrio contractual (el *pacta sunt servanda* y la buena fe), junto a los principios generales del Derecho Público y los específicos de la contratación administrativa (p. ej., el equilibrio económico-financiero del contrato administrativo).

La categoría del contrato resulta común a los derechos privado y público, si bien la regulación positiva del

primero es mucho más detallada y completa, gozando de mayor estabilidad al no estar sujeta a los continuos cambios producto de la política estatal que rige los intercambios en las contrataciones públicas conforme a los principios de la justicia conmutativa.

En este contexto se impone una primera conclusión en razón de la naturaleza de ciertos contratos, que pone en juego la clásica divisio.

En tal escenario resulta jurídicamente razonable que la compraventa y el arrendamiento o locación de cosas, ajenas por naturaleza al giro o tráfico de la Administración, sean regulados por el derecho privado en punto a su objeto, inaplicándose, en estos casos, las prerrogativas de poder público (40), las cuales deben reservarse para los contratos en los que se halle comprometido, en forma directa e inmediata, el interés público o bien común.

Por otra parte, las tensiones que soporta la teoría del contrato administrativo, en nuestro derecho, provienen de fuentes distintas. Una de ellas traduce la regresión que implica la huida total hacia el derecho privado de las llamadas empresas públicas a las que se las sustrae, en algunos ordenamientos, de los procedimientos de selección y consecuentes controles que deberían regir para toda la Administración, afectando los principios de publicidad, concurrencia e igualdad y, al menos, la transparencia en el obrar de las empresas estatales. Esto no implica, empero, desconocer que, en estos supuestos, el derecho privado se aplique en forma directa, en todo el régimen contractual, excepto en lo que respecta al procedimiento de selección del contratista y al control por parte de auditorías estatales.

La segunda tensión que enfrenta la contratación pública se traduce en los enfoques modernos que pugnan por incorporarse a la legislación y jurisprudencia a raíz del llamado derecho global de las contrataciones públicas (41) (aunque en gran parte no sea vinculante); y de últimas, por la aplicación de los principios generales que contienen los tratados internacionales que, en Argentina, han sido incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22, CN). Dichos principios se extienden a toda la actividad administrativa que tendrá que incorporar los nuevos paradigmas y sus principios operativos, aunque esta operatividad sea, en algunos casos, derivada. Otra tendencia que asume el derecho comunitario europeo, provocada por la crisis, se orienta a la centralización de las compras y a su estandarización. Este sistema, si bien consigue un ahorro de recursos financieros del Estado, ha sido motivo de objeciones en cuanto se lleva a cabo a expensas de los niveles de calidad de los bienes que se adquieren (42) y de la competencia.

En el escenario descrito afloran también nuevas formas contractuales, con categorías atípicas como las asociaciones público-privadas o provenientes del derecho mercantil (los fideicomisos públicos etc.), las cuales plantean novedosos problemas tales como, en general, la armonización entre el interés público con el privado junto a la utilización racional y eficiente de los bienes públicos, el grado de intervención y financiación estatal y, particularmente, la medida y naturaleza de los riesgos que asumirá en cada operación el contratista privado.

Y aunque parezca una suerte de panacea universal que la globalización de los regímenes de contratación de las Administraciones Públicas sea vinculante, ella tiende a generalizarse a través de la recepción por los ordenamientos nacionales de reglas comunes, lo cual implicará una tarea difícil y compleja. Ello podría lograrse gracias al dinamismo propio de la contratación pública, en cuanto resulte compatible con la seguridad jurídica interna e internacional y contribuya a favorecer la consecuente radicación de las inversiones tan necesarias para el crecimiento económico social de los respectivos países.

Con todo, la aproximación entre los derechos anglosajones y el sistema continental europeo (incluido los derechos latinoamericanos) se manifiesta en los procedimientos de selección (la licitación pública o similares), con objeto de reconocer una esfera de actuación de la Administración regida por el derecho privado (43) o por el common law, en su caso. De tal modo surge, en ese sentido, una zona común de la contratación pública que no se limita a los procedimientos de selección y que, incluye, en todos los derechos comparados, regulaciones tendientes a combatir la corrupción mediante mecanismos preventivos y represivos.

Otra característica que se advierte en el proceso de confluencia que venimos describiendo consiste en la adopción de los principios de no discriminación y concurrencia que, con diferentes denominaciones según los países, traducen ideas similares, como el art. 209 de la Constitución Política de Colombia, que habla de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, como principios generales de la función administrativa (44).

En cuanto al régimen jurídico, la concepción sustantivadora del contrato público guarda armonía con la que postula la unidad o la misma naturaleza entre el contrato privado y el administrativo, asignando a este último una especial modulación (45) (que no es otra cosa que el conjunto de prerrogativas producto de potestades expresas). Las coincidencias entre dichas posturas consisten en que ambas rechazan la configuración de potestades o de cláusulas exorbitantes implícitas y en que las dos son también partidarias de la posibilidad de celebrar contratos de la Administración regidos, en forma prevaleciente por el derecho civil o comercial (v.gr., el contrato de compraventa de inmuebles), en los que el derecho público interviene para regular la competencia,

la autorización presupuestaria, el procedimiento de selección del contratista y la jurisdicción aplicable en caso de conflicto. Sin perjuicio de los excepcionales supuestos de aplicación directa, el derecho civil se aplica por analogía, en la mayoría de los casos, para suplir cualquier carencia normativa. Pretender que las lagunas jurídicas sean completadas con el poder interpretativo discrecional de los jueces abre paso a la arbitrariedad en un ámbito, como el de la contratación pública, que tanto precisa de la seguridad jurídica. Por esta razón, la tendencia moderna ha rechazado la figura de la discrecionalidad técnica que no constituye una especie de discrecionalidad no judicial, sino que, al contrario, está sometida al control judicial pleno (46).

Una situación peculiar, con rasgos semejantes, en cuanto a la aproximación teórica con la concepción sustantiva, exhibe el derecho colombiano, en el que se admite la categoría del contrato estatal o administrativo regido preponderadamente por el derecho administrativo privado (47), aunque para alguna doctrina constituyan contratos privados de la Administración al estilo del clásico derecho francés (48). En cualquier caso, el derecho colombiano excluye del régimen del Estatuto Contractual Público a los contratos celebrados por las instituciones financieras del Estado (49), tal como ocurre en los regímenes que regulan la actividad de los bancos estatales en la mayor parte de los países de Latinoamérica (v.gr., Argentina).

Las aproximaciones descriptas en la teoría y regulación legal de los contratos de la Administración no desvirtúan el postulado según el cual lo que verdaderamente importa es el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra el Estado con los particulares, con independencia de si surge de la ley o de la jurisprudencia.

En resumidas cuentas, abrigamos la creencia de que las notas definitivas del derecho público que presentan los contratos que celebra el Estado o sus entidades en ejercicio de la función administrativa merecen ser calificadas con el nombre que cobija nuestra disciplina, es decir, como contratos administrativos, o al menos, contratos públicos, sin perjuicio de admitirse la celebración de contratos regidos por el derecho privado en punto a su objeto o también por su forma, cuando no se trate del tráfico o giro normal de la Administración sino de una típica actividad civil o comercial.

Finalmente, la línea de coincidencias doctrinarias y legislativas que exhibe el derecho comparado permite sostener que aun en los contratos de la Administración (o Estado) cuyo objeto se encuentra regido por el derecho privado hay que observar no solo las reglas de la competencia sino las relativas a la forma (50) —comprensiva de los procedimientos de selección—, sin traspasar los límites que enmarcan la voluntad de los órganos de la Administración (51), habida cuenta de la carencia de plena libertad negocial, puesto que cualquiera fuera el derecho aplicable la voluntad del órgano administrativo, se halla siempre vinculada a la ley y no a los intereses autónomos que persiguen las partes en los contratos privados, regidos por el ordenamiento civil o comercial (52).

En definitiva, la hora actual nos impone no solo armonizar principios que rigen en la contratación pública, sino también modernizar sus instituciones y régimen jurídico, haciéndolo más razonable y flexible, como decía el maestro Hariou.

Puede advertirse que cuando la actividad desplegada por el Estado, en particular la actividad regulatoria, los servicios públicos y las contrataciones públicas, presentan fallas sustanciales, antes o después, estas terminan resultando en las crisis económicas que, de manera recurrente, afectan a los Estados y a los particulares.

Estas crisis, como lo venimos advirtiendo, al generarse en el escenario de la globalización, tienen efectos impredecibles en todos los sectores de la economía de cada país, efectos que, generalmente, se proyectan por fuera de las naciones o regiones implicadas.

Al propio tiempo, la proyección de la crisis pone en evidencia la necesidad de que los Estados adopten regulaciones adecuadas que permitan e incentiven la producción de bienes y servicios en el contexto de una economía de mercado que tenga por fin a la persona y desalienten conductas que, al final del camino, conduzcan a una nueva la crisis.

El interés público no consiste en la promoción y defensa del estatismo, habida cuenta de que el Estado no constituye un fin en sí mismo sino una institución al servicio de la dignidad de las personas, en definitiva, al servicio del bien común.

VIII. Principales características y proyecciones jurídicas que plantean, en general, las transformaciones del Derecho Público

Lejos estamos de hacer aquí un estudio completo y exhaustivo sobre el fenómeno de la regulación garantística, pero, al menos, veamos cuáles son sus principales características y proyecciones jurídicas.

Ante todo, se observa un proceso creciente en el que se opera la transferencia de la gestión de cometidos públicos a los particulares en una proyección nunca vista en los siglos anteriores, ya que, en algunos casos,

hasta ha llegado a producir la transferencia de la titularidad y dominio del servicio. Al contrario de lo que algunos suponen, ello no debería provocar un debilitamiento de las funciones del Estado ni una completa absorción de esas actividades por el derecho privado, pues, aunque se tiende a que el Estado adelgace su planta de personal, está forzado a intervenir y regular esas actividades de interés público en su condición de principal responsable y orientador del bien común.

De esa manera, el mayor protagonismo de la sociedad conduce a la adopción de nuevas técnicas (aunque muchas de ellas estuvieron vigentes en otros períodos de la historia del derecho público), entre las que destacan la autorregulación (también sujeta al control regulatorio) junto al surgimiento del contrato como fuente de la regulación de determinados sectores de la industria o comercio. Tal es lo acontecido en nuestro país con el acuerdo plurilateral sobre la explotación del yacimiento de Vaca Muerta, situado en la Provincia del Neuquén, en el que las empresas, el sector sindical y los gobiernos nacional y provincial, acordaron condiciones más flexibles que las que imponían las regulaciones existentes, sobre todo en materia laboral.

En esa línea, la regulación en competencia pretende superar el antiguo modelo de la regulación de monopolios y procura reconstruir los mercados para favorecer la competitividad y la calidad de las prestaciones, destacándose la función de controlar los precios en las relaciones y transferencias entre los sectores privados que actúan en regímenes de interconexión de servicios en red. La segmentación o fragmentación de los mercados y los mecanismos de rendición de cuentas que establecen las diferentes regulaciones se inspiran en el objetivo de promover una competencia más libre, sin prácticas abusivas ni poderes dominantes.

A estas técnicas se adiciona la tendencia a sustituir el clásico régimen de las autorizaciones administrativas por meras comunicaciones sujetas al control de los entes reguladores, la mejora en los sistemas de acceso a la información pública, la protección y control de datos y el establecimiento de mecanismos que estimulan la participación pública previa a las decisiones que adoptan los reguladores.

En este aspecto, el procedimiento de audiencias públicas —proveniente del derecho norteamericano— como único y exclusivo sistema de participación de los usuarios en forma previa a la adopción de las decisiones de los entes reguladores suele prestarse —al menos en nuestro país— para fines estrictamente políticos o de hegemonía de los sindicatos, trastocando la finalidad del propio sistema que necesita conocer la opinión de los usuarios de los respectivos servicios. Por esta causa, pese a que, en Argentina, sectores doctrinarios y jurisprudenciales han considerado que la audiencia pública constituye un requisito constitucional (haciéndole decir a la Constitución algo que no prescribe), es de esperar que la evolución futura del sistema permita reemplazar esa exigencia por otras de mayor eficacia y menores riesgos de politización, como son las consultas o encuestas diseñadas por los reguladores.

A su turno, el tema de la revisión judicial de las decisiones de los entes reguladores (53) resulta una exigencia obligatoria en aquellos sistemas como el argentino o el español (54), denominados judicialistas puros, en los que no cabe admitir que las decisiones de los reguladores no sean susceptibles de ser revisadas por la justicia, superando incluso los límites a la revisión judicial que imponía la doctrina del "ultra vires" (55), que circunscribe la revisión al exceso o no de la competencia o poderes expresamente regulados por el ordenamiento.

Desde luego que, en virtud de la necesidad de garantizar los derechos de los particulares, las funciones jurisdiccionales limitadas que ejerzan los reguladores deben ser adjudicadas a órganos dotados de una especial idoneidad que, además, precisan gozar de garantías de independencia e imparcialidad (56).

Por otra parte, como la realidad siempre termina por suplantar a las conjeturas de los juristas e ideólogos, el nuevo modelo, antes que provocar una declinación del derecho público, ha producido y continúa produciendo una extensión objetiva (57) y subjetiva (58) del derecho público a los particulares de considerable magnitud, lo que conduce a reformular muchas de las concepciones tradicionales del derecho administrativo para adaptarlas a esa realidad. Porque no puede soslayarse la supremacía que tienen los principios generales del derecho sobre las normas positivas, habida cuenta de que resultan mandatos vinculantes cuya observancia obligatoria abarca a todos los protagonistas de la regulación económica. Es una batalla contra el positivismo legalista (59) que, aun cuando parece darse solo en el campo de la filosofía del derecho, se reproduce con real intensidad en el ámbito de la actividad regulatoria de la Administración, en la que se desarrollan principios y directivas no vinculantes que conforman un nuevo cuerpo de normas y recomendaciones englobadas bajo el axioma de la buena administración (60).

En ese sentido, la instauración del Estado Regulador y Garante no contradice el bloque de principios que componen el nuevo constitucionalismo. Al respecto, si bien son muchos los autores que sostienen la existencia de Estado Constitucional de Derecho (61) o de una Constitución convencionalizada (62), lo hacen desde diferentes ópticas ideológicas y metodológicas. Lo cierto es que el Derecho Administrativo ha terminado por

sumergirse en la Constitución, como siempre debió haberlo hecho, pues —como solían repetir los juristas clásicos— tiene el encabezamiento de sus capítulos en el derecho constitucional, según la conocida frase de Pelegrino Rossi, inspirador de la concepción alberdiana.

Pero como ahora se habla de una Constitución viviente, cuya postura extrema deja de lado las normas expresas de la Constitución original para suplantarla por construcciones afines a una ideología progresista radicalizada basada en la libre interpretación de los jueces, urge recuperar el sentido y el valor del derecho positivo (63) volcado en los textos escritos de la Constitución, en la medida en que no conculquen los principios del derecho natural, pues, como es sabido, la injusticia extrema no es derecho, se halle o no contemplada en la Constitución.

Entre los supuestos que merecen una reglamentación adecuada se encuentra el derecho de protesta que, en forma expansiva, se viene reconociendo como un derecho de extensión ilimitada a favor de los ciudadanos, sin compatibilizarlo con el derecho de todos a circular y trabajar libremente en forma pacífica.

Lo que acontece en el plano de la realidad es que la protesta como derecho social y político no puede sustituir los mecanismos de representación de la democracia constitucional y menos aún, derivar en el uso de la violencia con fines políticos para arrancarle a un gobierno democrático las decisiones que persigue un conjunto más o menos masivo de individuos, cortando calles y rutas e, incluso, con actos de vandalismo que afectan la integridad de los bienes públicos. El parentesco entre el fundamento del derecho de protesta (la desigualdad) resulta lejano en relación con el derecho de resistencia a la opresión, pero, en cualquier caso, su objeto debe ser una protesta democrática, que respete los bienes básicos de la comunidad.

Por otra parte, un impacto no menor en el campo de las transformaciones que se han venido operando en Derecho Público, derivadas del diálogo entre el nuevo constitucionalismo y la filosofía del derecho, es el que se ha producido en las técnicas de interpretación del derecho que predicán el abandono de la lógica formal para sustituirla por una teoría de la argumentación que, lejos de representar tipos puros, combina los aspectos formales, materiales y pragmáticos en un estándar común (64) compatible con los valores del sistema, entre los que se encuentra primordialmente la justicia.

Al respecto, de acuerdo con un sector de la doctrina, si se trata de interpretar normas (o reglas en sentido estricto), el intérprete (juez o funcionario) debe acudir a la técnica de la subsunción, mientras que para resolver acerca de la aplicación de un principio general, la técnica aplicable que se prefiere es la de la ponderación (65). Esta última, (aplicable sobre todo de cara a las dudas interpretativas o a la existencia de lagunas del derecho positivo) desarrollada por Alexy y adoptada por los tribunales alemanes y españoles, se refiere al proceso que debe llevar a cabo el juez para la justificación interna y externa de la decisión (66), que comprende un juicio que se compone del análisis acerca de: 1) la necesidad (valorando qué medida resulta menos restrictiva de los derechos); 2) la adecuación (referido a la idoneidad del medio en relación con el fin del principio) y; 3) la proporcionalidad en sentido estricto (esto es, un balance razonable de la relación de proporción entre los medios, los sacrificios y el interés general) (67).

IX. La justicia social

Entre los problemas más serios que se plantean en el plano de las transformaciones se encuentra la visión parcializada de una justicia social fundada en el igualitarismo extremo. Sin embargo, en todas las Encíclicas y documentos de la Iglesia Católica se adopta la concepción aristotélica-tomista de la justicia y no siempre se advierten los errores fundamentales que deforman su sentido. El primero de esos errores, denunciado por Finnis, fue señalado en nuestros primeros trabajos (68), aunque sin la autoridad y erudición del principal inspirador de la Nueva Escuela del Derecho Natural, y consiste en sostener que la justicia distributiva se circunscribe a la justicia del Estado (error que Finnis atribuye al Cardenal Cayetano), ya que existen supuestos de justicia distributiva en relaciones de derecho privado (v.gr., la quiebra). El segundo error atañe al alcance que se atribuye a la justicia social que, en rigor, es una orientación que se imprime a la justicia distributiva cuando esta es realizada por el Estado. La justicia social no puede convertirse en un derecho asistencial que contradiga la proporcionalidad (una proporción geométrica) de la relación entre las partes y el todo y, sobre todo, no puede fomentar la cultura de no trabajar y de vivir a expensas del Estado. Esta visión de la justicia social es, precisamente, la que ha expuesto San Juan Pablo II en la Encíclica "Centesimus annus" cuyo eje es "la correcta concepción de la persona humana", porque el hombre es la sola criatura que Dios ha querido por sí misma" (párr. 11c). Al respecto, dicha Encíclica señala que "al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca las pérdidas de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos" (párr. 48c).

Tal es la correcta concepción de la Justicia Social, cuya proyección a los derechos sociales se ha

judicializado (69) muchas veces sin tener en cuenta las posibilidades financieras de los Estados y los límites que tiene el juez para resolver sobre políticas públicas con alcance general.

Para terminar, no hay que olvidar que el problema principal que afecta al hombre moderno, a la sociedad en que nace y se desarrolla y, en fin, al propio Estado que organiza su vida material, sigue siendo el de la realidad y el del bien individual y común basado en la verdad de las cosas, que es "aquello en lo que se muestra lo que es", de acuerdo con la inigualable caracterización hecha por San Agustín, retomada, entre otros, por Pieper (70).

Si la realidad es la manifestación de la verdad de las cosas y no lo meramente pensado, como pretende la filosofía racionalista y sus posteriores derivaciones, incluso las concepciones posmodernas, el principal desafío que afrontan la sociedad actual y el Estado radica ante todo en el hecho de desplazar a la primera y asumir que toda la acción política, económica y social compete fundamentalmente al Estado. Pretender que las crisis se resuelven a través del Estado encarnado en una única fuerza o partido dominante, a través de una coalición política que practique el colectivismo mediante el ejercicio de un poder hegemónico, constituye una utopía que, como lo demuestra la historia, conduce al caos y a la degradación de la dignidad humana.

Por último, quiero remarcar el convencimiento que abrigo acerca de que la realidad de nuestros respectivos países, con sus peculiaridades, tiene que conducirnos a una mayor unión y armonización de nuestros derechos. Ello nos obliga a ser parte activa de esa comunidad jurídica a la que pertenecemos por nuestra historia e idiosincrasia, para lo cual no basta solo con refugiarnos en el derecho comparado, aspecto complementario de la recepción e intercambio de conocimientos, sino que se precisa intensificar los esfuerzos para una mayor integración de la legislación, doctrina y jurisprudencia que corra pareja con los objetivos que estamos logrando a través de los tratados de libre comercio, una de las grandes herramientas del comercio internacional.

(A) Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (en la especialidad de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración). Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(AA) El texto de este trabajo constituye una versión ampliada de la conferencia inaugural pronunciada por el autor en las XLIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, realizadas durante los días 17 y 18 de octubre de este año en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Chile.

(1) Véase: ESTEVE PARDO, José, "Estado garante. Idea y realidad", INAP, Madrid, 2015, ps. 16 y ss.

(2) MESSNER, Johannes, "Ética social, política y económica a la luz del derecho natural", RIALP, trad. del alemán, ps. 346-347.

(3) ESTEVE PARDO, José, "Estado garante...", cit., ps. 3 y ss.

(4) La conexión entre el bien común y el principio de subsidiaridad es por demás evidente en la concepción tomista, véase nuestro "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 25 y ss. También la doctrina reciente ha advertido su influencia en la concepción del Estado Regulador y Garante; ver en este sentido: ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 172-175.

(5) Cfr. SALAS, Denis - CAMUS, Albert, "La rebelión justa", trad. del francés, publicación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Jusbaire, Buenos Aires, 2016, ps. 98-99.

(6) BROUSSEAU, Eric, "La evolución de la regulación sectorial: ¿qué determinantes? ¿Qué modalidades?", Gob. Reg. Notas, Fundación París-Dauphine, p. 29.

(7) TIMSIT, G., "La regulación. La noción y el fenómeno", Revista francesa de Administración Pública, París, 2004/ 1, nro. 109, p. 6.

(8) GAUDEMET, Yves, "Introducción", Revista francesa de Administración Pública, París, 2004/1, nro. 109, p. 13.

(9) "Estudio anual 2013 del Consejo de Estado. El derecho flexible. La documentación francesa", París, 2013, ps. 70-71.

(10) Véase: VIDAL PERDOMO, Jaime, "Derecho Administrativo", Ed. Temis, Bogotá, 1985, 8ª ed., ps. 3 y ss. Este distinguido autor colombiano ya advertía —a fines del siglo pasado— que las "nuevas realidades muestran un panorama completamente diferente al que surgió de la revolución francesa" (ob. cit., p. 4).

(11) CABRALES, Antonio - CELENTANI, Marcos, "Crisis e incentivos en las instituciones financieras", <https://el.pais.com.diario/2008/03/08>.

(12) "Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., ps. 46 y ss.

(13) Vid.: ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación...", cit., ps. 164 y ss.

(14) Este principio conlleva la necesidad de adoptar —entre otras cosas— políticas de segmentación de los mercados y la desregulación de aquellas actividades que pueden prestarse bajo un régimen de libertad.

- (15) Sobre las razones y fundamentos para regular puede consultarse: SACRISTÁN, Estela B., "Teoría de la regulación. En especial, acerca de los fundamentos de la regulación", en Estudios de Derecho Administrativo, libro homenaje al Profesor Juan Carlos Cassagne, Gaceta Jurídica, Lima, 2018, t. II, ps. 626 y ss.
- (16) El art. 42 de la CN prescribe entre los deberes constitucionales de las autoridades el de proveer "a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados" y "al control de los monopolios naturales y legales". De ahí que la regulación económica constituye una excepción al principio de libertad de mercado justificada solo para regular los monopolios o para ordenar el tráfico (pues esto hace a que funcionen las libertades de los que operan en el mercado).
- (17) La idea de calificarlo como Estado subsidiario, junto a las notas que lo tipifican, para el modelo surgido tras el proceso de reforma del Estado en Argentina, la venimos sosteniendo desde la sanción de las leyes 23.696 y 23.697; véase entre otros trabajos: "La intervención administrativa", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, 2ª ed., ps. 109 y ss. y "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", ED 161-857.
- (18) Véase: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, con la colaboración de la CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, trabajo preparado para la jornada "Regulación económica y sus protagonistas", Revista del Centro de Estudios sobre la Regulación Económica, Universidad Austral, Buenos Aires, 1997, ps. 10 y ss.
- (19) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Regulación económica...", cit., p. 10, opinión que atenuó en trabajos posteriores.
- (20) En nuestro país la categoría del servicio público tiene tanto base constitucional (art. 42) como legal (art. 1º, ley 24.065 y art. 1º, ley 24.076). A la luz de estas claras y precisas definiciones normativas, la discusión en torno a la eliminación de la noción carece de todo sentido y solo refleja opiniones personales emitidas, en cualquier caso, de lege ferenda.
- (21) En "Reflexiones sobre la regulación...", cit., ED 161-857. Mairal ha sostenido lo contrario ("La ideología del servicio público", ReDA, nro. 14, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 359 y ss.). En la doctrina francesa se ha publicado distintos trabajos que confirman nuestra postura, véase: LAUBADÈRE, André de, trabajo publicado en el libro "La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence", Paris, 1969, ps. 209 y ss.; puede verse también en el mismo sentido, RIVERO, Jean, "Hauriou et l'avènement de la notion du service public", en Etudes en honneur d'A. Mestre, Paris, 1956, ps. 462 y ss.
- (22) Sobre las diversas concepciones del servicio público véase: CITARA, Rubén M., "El servicio público", Parte I, Buenos Aires, 1995, ps. 21 y ss.
- (23) MEILÁN GIL, José Luis, "El servicio público en el derecho actual", ReDA, nro. 17, Buenos Aires, 1995, ps. 344 y ss.
- (24) HAURIOU, Maurice, "La gestion administrative", trad. española publicada en Obra Escogida, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 71.
- (25) HAURIOU, Maurice, "Précis du Droit Administratif et du droit public général", Recueil Sirey, Paris, 1927, en publicación cit. en nota precedente, 11ª ed., p. 117.
- (26) Se ha dicho que "el servicio público como técnica jurídica nace en el ambiente creado como consecuencia de un determinado entendimiento de las relaciones entre Estado y Sociedad, en cuya construcción teórica habría que citar, además de a Rousseau, a Locke y a Hegel" (conf. MEILÁN GIL, "El servicio público...", cit., p. 349).
- (27) Conf. MEILÁN GIL, José Luis, "La cláusula de progreso en los servicios públicos", Inmasa, Madrid, 1968, ps. 20 y ss.
- (28) Una situación similar padeció nuestro país a raíz del predominio de las tesis propugnadas por Bielsa.
- (29) Véase el comentario al precepto constitucional español en "Leyes administrativas", ed. preparada por Luis Martín REBOLLO, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, 8ª ed., p. 146.
- (30) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, 4ª ed., t. XIV, p. 28.
- (31) *Ibidem*, ps. 28 y ss.
- (32) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado...", cit., ps. 28-29.
- (33) PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 176.
- (34) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado...", cit., ps. 32-33.
- (35) MAURER, Hartmut, "Derecho Administrativo. Parte general", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 53.
- (36) Vid.: ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación...", cit., ps. 109 y ss., una de las exposiciones más completas sobre el tema.
- (37) Cabe citar, entre otros trabajos doctrinarios nuestro "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, 6ª ed., ps. 62 y ss., y ediciones anteriores.
- (38) Véase: FELDER, Ch., "La economía del bien común", Ed. Deusto, Madrid, 2012 y KEYS, M. M. Aquines, "Aristotle, and the Promise of the Common Good", Cambridge University Press, 2006, mencionados por ESTEVE PARDO, José, "Estado garante...", cit., p. 172.
- (39) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General",

Iustel, Madrid, 2011, t. IV, ps. 302 y ss.

(40) GALLI BASUALDO, Martín, "La buena administración y la ejecución de contratos en Argentina", REDA, nro. 111, Buenos Aires, 2017, p. 498.

(41) Ver: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., ob. cit., ps. 97 y ss.

(42) PAPPANO, Danilo, "Las compras centralizadas de la Administración Pública entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis", en la obra colectiva HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L. (dir.), El impacto de las crisis..., cit., ps. 397 y ss.

(43) En Argentina, en este aspecto, se ha criticado el régimen del dec. 1023/2001, que prescribe fórmulas abusivas a favor del Estado no adoptadas por los ordenamientos comparados modernos, véase especialmente: MAIRAL, Héctor A., "El contrato administrativo a la luz de recientes normativas", en el libro de GORDILLO, Agustín (dir.), El contrato administrativo en la actualidad, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 3 y ss. y nuestra coincidencia en el "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 11ª ed., t. II, ps. 389 y ss., especialmente p. 483 y nota 32.

(44) RODRÍGUEZ, Libardo, "Derecho Administrativo General y Colombiano", Ed. Temis, Bogotá, 2015, 19ª ed., p. 552, sostiene que aun los contratos del Estado especiales con régimen preponderante del derecho privado son contratos administrativos, ya que, por imperio del art. 13 de la ley 1150 de 2017, se les aplican los principios generales de la función administrativa prescritos en el art. 209 de la Constitución Política de Colombia.

(45) Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 2006, 13ª ed., t. I, ps. 691 y ss.

(46) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás R., "La discrecionalidad técnica; un viejo fantasma que se desvanece", en la obra colectiva ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), El control de la actividad estatal, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2016, ps. 169 y ss.

(47) RODRÍGUEZ, Libardo, "Derecho Administrativo General...", cit., ps. 550-553.

(48) GUECHÁ MEDINA, Ciro N., "Contratos Administrativos", Universidad de Santo Tomás, Ibáñez, Bogotá, 2015, 3ª ed., ps. 349-354; ver también: DÁVILA VINUEZA, Luis G., "Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la ley 80 de 1993", Legis, Bogotá, 2001, p. 769.

(49) RODRÍGUEZ, Libardo, "Derecho Administrativo General...", cit., ps. 553-554.

(50) SARRIA OLCOS, Consuelo, "Forma, perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales en Colombia", en La contratación administrativa en España e Iberoamérica, Junta de Castilla y León, Cameron May, Londres, 2008, ps. 227 y ss.

(51) VIDAL PERDOMO, Jaime, "El contrato de obra pública", en La contratación administrativa en España e Iberoamérica..., cit., p. 291.

(52) En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación.

(53) No obstante haberse inspirado en el modelo norteamericano: véase BIANCHI, Alberto B., "Los entes reguladores", revista RAP, ediciones especiales, Servicio Público, Policía y Fomento, de fecha 25/06/2004, ps. 149 y ss.

(54) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado...", cit., p. 261.

(55) ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación...", cit., ps. 150 y ss.

(56) PERRINO, Pablo E., "Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, nro. 406, ps. 75 y ss.

(57) ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación...", ps. 150 y ss.

(58) *Ibidem*, ps. 156 y ss.

(59) Tema que abordamos en nuestro libro "Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)", Ed. Reus, Madrid, 2016, ps. 52 y ss.

(60) Véase, entre otros trabajos: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El buen Gobierno y la buena Administración de Instituciones Públicas", adaptado a la ley 5/2006, de 10 de abril, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006 y GALLI BASUALDO, Martín, "La buena administración de las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global", Ed. Marcial-Pons, Madrid, Barcelona-Buenos Aires, 2019.

(61) SANTIAGO, Alfonso, "Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional", Ed. Marcial-Pons, Buenos Aires, 2017, ps. 59 y ss. SAMMARTINO, Patricio M., "Amparo y Administración", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, ps. 150 y ss.

(62) SAGÜÉS, Néstor P., "De la Constitución Nacional a la constitución convencionalizada", JA 2013-IV-1342.

(63) QUINTANA, Eduardo, "Legislación e interpretación ¿una relación controvertida?", discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, pronunciado el 22/08/2019.

(64) ATIENZA, Manuel, "Curso de argumentación jurídica", Ed. Trotta, Madrid, 2015, 3ª reimp., ps. 171 y ss.

(65) Últimamente en: CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y

administrativo)", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 18.

(66) ALEXY, Robert, "Teoría de la argumentación jurídica", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 215 y ss.

(67) La metodología de la técnica de la ponderación resulta compatible con la concepción de la NEDN (Nueva Escuela de Derecho Natural), toda vez que utiliza elementos propios de la justicia material.

(68) Sobre dicha cuestión nos remitimos a nuestro libro "Los grandes principios del Derecho Público", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 20-31.

(69) SANTIAGO, Alfonso, "Estudios de Derecho Constitucional...", cit., ps. 148 y ss.

(70) PIEPER, Josef, "La realidad y el bien. La verdad de las cosas", Librería Córdoba, Buenos Aires, 2009, trad. del alemán, ps. 11 y ss.