

EL PAPEL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Alberto Ricardo DALLA VIA *

SUMARIO: I. *El Estado y la economía*. II. *El Estado capitalista*. III. *Propiedad y contrato*. IV. *Los contornos del “Estado mínimo”*. V. *Integración económica y Estado nación*. VI. *La economía y la sociedad: el mercado según Max Webber y John Rawls*. VII. *Transformación económica y seguridad jurídica*. VIII. *El rol del Estado en la defensa de la competencia*. IX. *Regulación y control*. X. *Reforma constitucional y modelo estatal*. XI. *El lenguaje normativo de la Constitución reformada*. XII. *El Estado posbenefactor y la sociedad posindustrial*. XIII. *Epílogo sobre la crisis reciente*.

I. EL ESTADO Y LA ECONOMÍA

El Estado es un concepto complejo, integrado por elementos que lo constituyen y que, según las distintas teorías, puede explicarse desde un punto de vista descriptivo (Jellinek), desde una posición que parte de la realidad social subyacente (Heller) o desde un punto de vista jurídico (Kelsen), que podría interpretarse como “reduccionista” habida cuenta de la identificación entre Estado y derecho.

Ninguna de estas definiciones identifica al Estado con la economía. Hay distintas razones para que esto sea así, comenzando por las razones históricas que justifican el nacimiento de la idea de Estado en los tiempos modernos.

* Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

El concepto de Estado pudo así identificarse con el derecho (Kelsen) en cuanto ordenamiento del orden social pero, con respecto a la economía, ha escrito Henrich Heilbroner en su *Introducción a los estados económicos* que era considerada una materia muy útil para la educación de jóvenes inglesas en el siglo XVIII.

Claro está que las cosas han cambiado mucho desde entonces, y no es necesario dar muchos argumentos ni fundamentos para demostrar la relevancia que actualmente tienen las cuestiones económicas en las decisiones políticas del Estado. El protagonismo de la política económica se refleja en la actitud de los ciudadanos al decidir y en el protagonismo que en casi todos los países tienen los ministros de Economía o de Hacienda, que antiguamente no eran sino meros funcionarios de segundo orden (tesoreros) a quienes algunos reyes gustaban cortar sus cabezas, si las cuentas no cerraban o no se recaudaba lo suficiente.

En la actualidad, la economía importa no solamente en el plano de la política interior de los Estados sino también en el plano internacional, donde se observa cómo los “bloques regionales” cobran protagonismo en favor del “Estado-región” y en desmedro de “Estado-nación”, cuya presencia declina y, mucho más aún, la propia política internacional se refiere, en grandes términos, a los problemas de la economía y del comercio.

Así ocurre que muchos textos que se refieren a la política y las relaciones internacionales son libros donde se tratan problemas económicos, como ocurre con las obras de Michael Porter, Alvin Toffler o Lester Thurow. Esta realidad evidente ha elevado lo económico a tal relevancia en el campo de lo político que algunos autores como Kenneth Arrow y A. Downs han pretendido explicar el funcionamiento de los comportamientos políticos a partir de las reglas y principios de lógica que gobiernan la economía.

Esa tendencia al “economicismo” en el análisis de los problemas políticos y jurídicos se ha difundido a partir de las ideas aportadas por la Escuela del Análisis Económico del Derecho (AED) o del “Law/Economics”, que tiene su punto de partida en la Universidad de Chicago, donde Coase y Posner sugirieron aplicar al derecho la lógica del mercado, como superestructura que determina el comportamiento de las leyes y conductas sociales. Con algunas pequeñas diferencias de matiz, esa corriente ha sido expuesta por Guido Calabresi en la Universidad de Yale y por el premio Nobel de Economía, Gary Becker.

Esa tendencia ha sido en gran parte alimentada por las corrientes filosóficas analíticas que buscaron explicar una nueva teoría del derecho y del Estado en los Estados Unidos en los años setenta, partiendo de una justificación externa o moral de la legitimación del orden político y jurídico del Estado. En ese sentido se destacan las obras de Robert Nozick y Ronald Dworkin y, muy especialmente, la *Teoría de la justicia* de John Rawls.

Más allá de las posiciones filosóficas destinadas a construir una teoría moral del derecho y el Estado que superara el formalismo de Keynes, las circunstancias hicieron propicia la aparición de las corrientes ya mencionadas, que ponen el acento en que es posible la organización social a partir de las reglas económicas y del “mercado” como idea dominante. Sin duda, ha sido Gary Becker quien más se ha destacado en ese sentido, partiendo de un reduccionismo economicista que mucho tiene que ver con los principios del modelo neoliberal o neoconservador, alentado en los Estados Unidos, en tiempos de Ronald Reagan, y en Gran Bretaña, a partir de Margaret Thatcher.

El reduccionismo economicista ubica al mercado en la categoría de un “valor” pretendiendo que la idea de eficiencia económica es aplicable a la idea de eficiencia que corresponde al Estado, y que el ciudadano de un Estado se comporte en definitiva como un “*homo economicus*”. Ha sido la doctrina europea, especialmente la alemana, la que mejor ha rechazado esta idea aclarando que el Estado y el derecho tienen su propia idea de eficiencia, distinta de la regla “costo-beneficio” en tanto su eficiencia depende de la realización de la libertad, la igualdad y la justicia.

II. EL ESTADO CAPITALISTA

Hemos rechazado la idea en cuanto a que la economía constituya uno de los elementos del Estado, como el territorio, la población o el poder, y hemos sostenido nuestro rechazo a las ideas reduccionistas que pretenden ordenar la sociedad a partir de criterios “economicistas”.

Las tendencias norteamericanas actuales del *public choice* del *Law & Economics*, del *property rights*, basan ese economicismo reduccionista en el mercado y en el sistema capitalista como fundamento ideológico del nuevo modelo “neoliberal”; pero también ha sido en gran parte el marxismo, en su tiempo, una ideología “reduccionista” en materia econó-

mica al pretender basar la organización social y el papel del Estado en el problema de la posesión de los medios de producción y en la “plusvalía” para sostener una dictadura de los trabajadores (proletarios), identificando a los mismos con el concepto de “pueblo”.

La política —y la historia según la influencia hegeliana— tiene para Marx como protagonista principal a la “lucha de clases” por la propiedad de los medios de producción, entendiendo que la división social en clases está condicionada por la denominada “división internacional del trabajo”. La historia también ha demostrado que ese reduccionismo marxista ha sido insuficiente para explicar la complejidad de las relaciones políticas, toda vez que su crítica sobre el capitalismo se limitó a un tiempo y lugar determinados: la Inglaterra de mediados del siglo XIX.

Resulta así que las visiones economicistas “reduccionistas” sobre el Estado y la organización social aparecen como francamente insuficientes por un problema de enfoques.

Cada ciencia del saber humano tiene su propio objeto de conocimiento y sus propias reglas, más allá de que el campo de aplicación pueda ser el mismo. Un mismo hecho social puede así ser analizado desde distintos puntos de vista por el derecho, la economía o la Sociología.

La economía tiene por objeto estudiar cómo administrar recursos limitados frente a necesidades humanas ilimitadas. En tanto que el objeto del derecho es el ordenamiento social a través de normas jurídicas y la función del Estado la organización de la comunidad política. Desde esta perspectiva, y ya que nos hemos acercado más al problema, podemos decir que el Estado, al organizar la vida social, debe tener en cuenta qué sistema económico adopta para administrar y distribuir los recursos (escasos).

Es así que los modelos opuestos que se conocen en esta materia son principalmente dos: *a)* Reconocimiento y protección jurídica de la propiedad privada con posibilidad de transferirla y principio de libertad en las relaciones económicas: es lo que se conoce como sistema capitalista o de economía de mercado. *b)* En el otro extremo, se ubican los sistemas de economía central o planificada, donde no hay propiedad privada sino propiedad pública o colectiva, y donde no rige el mercado como sistema de asignación de recursos, sino que el Estado también cumple esa tarea. El ejemplo típico ha sido el comunismo.

La pregunta que cabe hacerse es si existe alguna correspondencia entre el sistema político que adopta un país y su modelo económico o si, por el contrario, se trata de cosas independientes. Años atrás, destacaba Maurice Duverger que, entre la forma de gobierno democrática y la economía de mercado como sistema de organización económica, existía una directa vinculación que sería la lógica consecuencia de que ambos sistemas priorizan a la libertad como valor fundamental: la democracia privilegia la libertad política y la participación y la economía de mercado privilegia la libertad y la libre iniciativa individual

Puede afirmarse que esa tesis de Duverger ha quedado demostrada en los informes de la Organización de Naciones Unidas, donde puede verse que las naciones que han alcanzado los mayores índices de progreso económico y de desarrollo humano (IDH) son aquellas —precisamente— en las que se da una correlación entre sistema democrático y economía de mercado.

La Constitución argentina de 1853 no contiene ninguna definición en cuanto al programa económico que sostiene; no obstante ello, puede reiterarse con fundamento que su modelo es liberal, tal como lo expresa Juan Bautista Alberdi tanto en su libro “Bases” escrito para alentar la sanción del texto constitucional, como en el “sistema económico y rentístico” escrito después de sancionada la Constitución, con la idea justamente de interpretarla.

Alberdi era un liberal de su tiempo, lo que no debe confundirse con la versión que pretende ubicarlo como un economista que sólo creía en el mercado. Por el contrario, sin perjuicio de su encendida defensa de la libertad económica, pugnaba porque un Estado fortalecido cumpliera papeles muy claros y específicos en favor del progreso y del bienestar, de la instrucción pública, de la ilustración y de la inmigración europea.

Los artículos 20, 25 y 75, inciso 18, son los que mejor resumen el pensamiento alberdiano en materia de política económica constitucional, así como también los referidos a la libre circulación de personas y mercaderías, a la libertad de comercio, industria y navegación y a la eliminación de aduanas interiores, buscando conformar un solo mercado en el territorio nacional (artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 26, 75, inciso 13, entre otros).

El modelo de la Constitución Nacional tuvo efectiva vigencia hasta finalizada la segunda década de este siglo cuando el proyecto político de la

generación de los ochenta conformó un modelo económico agro-exportador de tendencia liberal que resultó exitosa.

El periodo más exitoso en lo económico de la Argentina coincidió, de tal modo, con el periodo de mayor acatamiento a la Constitución Nacional. A partir de mediados de la década de los veinte y, sobre todo, a partir del quiebre institucional que significó la revolución encabezada por el general Urriburu que en 1930 derrocó a Hipólito Yrigoyen de su segunda presidencia; comienza una etapa de fuerte intervencionismo estatal en la economía, tendencia que se incrementa especialmente a partir de 1945.

El Estado comienza a tomar un papel activo y a ocupar el centro de la escena económica. A partir de la recuperación democrática en 1983 y, con mayor énfasis, a partir de los años noventa, comienza la denominada “Reforma del Estado”, que supone el desandar del modelo anterior para retomar el modelo “neoliberal”. Sin embargo, no son pocos los autores que refutan que se esté en presencia de un modelo “neoliberal”, ya que el mismo supone la aplicación de políticas asistenciales en materia social. Algunos prefieren hablar simplemente de “ajuste”. La Constitución Nacional reformada en 1994 ha otorgado una dirección social y de “desarrollo humano” al modelo capitalista.

Sobre ese punto nos referiremos en el capítulo siguiente.

III. PROPIEDAD Y CONTRATO

El modelo capitalista, o de economía de mercado, se cimenta en algunas instituciones fundamentales como la propiedad y el contrato, y en la idea de la libertad como principio fundamental. Sin ellas, el mercado no podría funcionar.

Para Locke la propiedad es un derecho fundamental, anterior al Estado; para Rousseau su consideración como “derecho” surge del contrato social. Para el racionalismo francés, en general, la propiedad como derecho canaliza la posibilidad de acceso de la burguesía ilustrada a una riqueza que hasta entonces se reservaba el clero y a la nobleza. La propiedad así entendida no sólo comporta la posibilidad de acceder a la misma por otras formas fuera del nacimiento o la herencia, sino también su “inviolabilidad”, es decir, la seguridad en su disfrute.

En el sistema de libre mercado debe existir la protección jurídica del capital, la renta y su acumulación. También el Estado debe asegurar la

posibilidad de transferencia de la riqueza y del capital y ello se realiza a través de la institución jurídica del contrato.

En la Constitución de los Estados Unidos existe una cláusula de los contratos (artículo 1, sección 10). En nuestro derecho, su regulación surge del Código Civil (artículo 1137). En la República Argentina, en materia contractual, rige el principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1197) conforme al cual lo estipulado por las partes en un contrato tiene valor de ley, excepto en los casos en que se vean controvertidas normas de “orden público”.

Desde antaño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado una jurisprudencia de amplia protección de la propiedad y de los contratos.

En algunos periodos, el alcance de esa protección se ha visto restringido por aplicación de la llamada “doctrina de la emergencia”.

IV. LOS CONTORNOS DEL “ESTADO MÍNIMO”

En el modelo de Estado liberal individualista de derecho, también denominado “Estado liberal burgués” o Estado liberal clásico, las funciones a ejercer por el Estado debían reducirse al mínimo indispensable; dando así lugar a la concepción del “Estado gendarme”, reducido prácticamente a una función de seguridad, defensa y vigilancia para que fuera el principio de la libertad individual el que marcara el tono o la pauta de las relaciones sociales y económicas. La igualdad, en el Estado liberal clásico, se reduce a igualdad formal o igualdad ante la ley. El Estado garantiza las libertades y los derechos a través del Poder Judicial, con una actitud abstencionista por parte de los poderes públicos.

Predomina en los orígenes estatales la idea de abstención, de no intervención, o de obligación negativa. Los poderes públicos sólo deben realizar las competencias específicas indicadas en la Constitución y en ningún caso ir más allá. En esa etapa, el denominado “poder de policía”, consistente en la facultad del Estado de reglamentar y restringir los derechos fundamentales basándose en el interés general, se limita exclusivamente a los casos en que se encuentren comprometidas la seguridad, la salubridad y la moralidad pública.

A partir de la década de los veinte en nuestro país se va conformando paulatinamente la etapa del denominado “Estado benefactor”, que durará hasta los ochenta, y que consiste en una mayor intervención estatal en la

economía y en el campo social, acompañada de un proceso de mayor participación ciudadana en la vida política, con la instauración del “sufragio universal” a partir de la ley Sáenz Peña y la legalización de los sindicatos y los partidos políticos; otrora excluidos en una democracia clasista, con connotaciones oligárquicas, donde hasta entonces había predominado el voto secreto y no pocas veces el fraude.

En *La rebelión de las masas*, José Ortega y Gasset describió con claridad —y con preocupación— los cambios sufridos en la Europa culta de principios de siglo, como consecuencia de la participación política de los nuevos grupos.

Hermann Heller ha explicado el tránsito del Estado liberal de derecho (Estado gendarme) al Estado Social de derecho (Estado benefactor) como un “aggiornamento” surgido de una necesidad: la democracia formal debía dar una respuesta frente a los totalitarismos de izquierda (socialismo y comunismo) y de derecha (facismo y nacional-socialismo) que lo jaqueaban a través de políticas que ponían el acento en las “conquistas sociales”.

En el plano jurídico-formal, la Constitución de México de 1917 y la Constitución alemana de la República de Weimar dieron nacimiento a lo que se conoce como el “constitucionalismo social”.

El constitucionalismo liberal es al Estado liberal de derecho, lo que el constitucionalismo social es al Estado social de derecho. El constitucionalismo social aparece en nuestro país en 1957, con la incorporación del artículo 14 bis que consagra los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, reconoce la organización sindical libre y democrática y consagra el derecho de huelga, además de establecer los principios de la seguridad social, entre otros aspectos.

Los partidos políticos fueron reconocidos por ley, pero debieron esperar hasta la reforma de 1994. La Constitución histórica de 1853 no los contempló, porque no eran un factor organizado en la sociedad y porque se desconfiaba de todas las facciones que pudieran quebrar la libre participación individual en la base democrática.

Los partidos políticos van irrumpiendo como un hecho de la realidad a fines de siglo pasado. El “autonomismo” se desprende del viejo partido federal y de allí salió la Unión Cívica, embanderada detrás de Mitre en 1890. El primer partido político conformado como tal fue el Partido Socialista fundado por Juan B. Justo y José Ingenieros en 1894. Leandro N.

Alem fundó la Unión Cívica Radical, en disconformidad con la política “acuerdista” seguida por Mitre frente a Roca y al orden conservador.

No es posible en nuestros tiempos imaginar el funcionamiento democrático sin la existencia de los partidos políticos. Es a través de los nuevos partidos donde se canaliza la participación y la elección, propuesta por el sufragio. En nuestro país los partidos tienen el monopolio legal para ofrecer candidaturas al electorado.

El paso del “Estado gendarme” al “Estado benefactor” significó una verdadera ampliación en la dimensión del Estado por las nuevas tareas asumidas. La mera obligación de abstención o vigilancia propia del Estado liberal clásico pasó a ser una obligación activa de tipo “progresivo” donde el deber estatal pasó a ser el de remover los obstáculos que impidan la realización de la igualdad y de la justicia social. Así como el Estado liberal puso el acento en la libertad, el Estado social puso el acento en la igualdad.

V. INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y ESTADO NACIÓN

Una de las consecuencias que resultan de la relación ya mencionada entre economía y Estado son los procesos de integración económica, como una respuesta a la globalización de la economía, en busca de mercados ampliados que protejan el comercio internacional. La denominada “Ronda Uruguay del GATT y la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) se orientan en esa dirección.

El paradigma de la integración económica ha sido la conformación de las denominadas comunidades europeas a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, comenzando por la Comunidad del Carbón y el Acero (CECA) y siguiendo por el Tratado de Roma, que dio nacimiento a la Comunidad Económica Europea (CEE) y del “Euratom”, unificando las instituciones de las tres “comunidades”, para pasar a un grado más avanzado de integración “supranacional” con el Tratado de Maastrich de 1992, que dio nacimiento a la “Unión Europea”.

La Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay han suscripto el Tratado de Asunción que se propone la conformación del “Mercosur” como una unión aduanera y, más adelante, con un mercado común, conforme su propia denominación.

En otras partes del mundo también se han celebrado acuerdos de integración, como ocurre con los países del Sudeste Asiático, los países del área del Caribe y el acuerdo del NAFTA, entre Estados Unidos, Canadá y México.

Si bien se registran procesos de integración y de internacionalización del derecho en otros campos, como el de los derechos humanos, es principalmente a partir de la integración económica donde aparece el nuevo fenómeno político de la integración.

La búsqueda de espacios económicos ampliados en orden a la formación de “bloques”, ha producido una pérdida de presencia internacional del “Estado-nación” en términos tradicionales, para que cobre protagonismo el “bloque” o “región” como mero actor o sujeto de la política internacional.

En algunos de estos acuerdos regionales existen organismos de carácter “supranacional” que toman decisiones que son de aplicación directa en los Estados (derecho derivado) como ocurre con el Parlamento Europeo con sede en Estrasburgo, la Comisión Europea con sede en Bruselas, y la Corte de Luxemburgo.

En América latina, en el ámbito de los derechos humanos, la Convención Americana de Derechos del Hombre o “Pacto de San José de Costa Rica” ha establecido una Corte con facultad para revisar las decisiones de los tribunales supremos de los distintos Estados-parte.

Por ese motivo, muchos autores hablan en nuestros días de la “crisis del concepto de soberanía”, en alusión a que el viejo concepto acuñado por Bodin como la “cualidad esencial y perpetua de una república”, se encontraría en declinación por la pérdida de vigencia y gravitación de los Estados nacionales en el orden internacional. Se propugnó de ese modo el paso dado desde un “Estado de derecho” hacia una “comunidad de derecho”.

Es de destacar, sin embargo, que el concepto de “supranacionalidad” no significa la sumisión de un Estado a una orden superior en términos de jerarquía, sino la determinación de “ámbitos” o “materias” específicas en que el Estado decide —voluntariamente— y en pleno ejercicio de su soberanía delegar competencias en determinados temas (por ejemplo en materia aduanera o fiscal). El propio Bodin en sus “Seis libros sobre la República”, destinado a fortificar la monarquía, entendía que una de las limitaciones a la soberanía estatal eran los compromisos asumidos por el monarca en el plano internacional, habida cuenta de que nada es más soberano que ese compromiso.

VI. LA ECONOMÍA Y LA SOCIEDAD: EL MERCADO SEGÚN MAX WEBER Y JOHN RAWLS

En este capítulo nos hemos referido no solamente a la relación entre la forma de gobierno y el sistema económico, sino también nos hemos preocupado por exponer algunas teorías “reduccionistas” que pretenden reducir el análisis de la función estatal a una visión “economicista” del mismo.

Entendemos que una visión sobre el Estado de esas características no sólo es reduccionista, sino también parcial y que se funda en posiciones ideológicas y no instrumentales sobre la función que el Estado debe cumplir. Así ocurre con el reduccionismo marxista del Estado intervencionista, productor y distribuidor en lo que se denomina “economía central” o “estatista”, y así ocurre también con las posiciones extremas que entendieron como única función estatal legítima la de asegurar el funcionamiento del mercado. Robert Nozick, al expresar la teoría del “Estado ultramínimo”, aparece como uno de los principales teóricos de esa corriente fundada en una evidente concepción liberal.

Por ese mismo motivo hemos realizado nuestra crítica a las denominadas escuelas del *public choice*, del *Law & Economics* y de los *property rights*, que han realizado importantes aportes teóricos pero cuyo planteo consideramos estrecho para formular una teoría integral del derecho y del Estado.

Ahora bien, si atendemos a la relación política fundamental entre el Estado y la Sociedad, advertiremos que un reduccionismo economicista sobre la función del Estado implicará —necesariamente— también una visión economicista sobre el comportamiento social. Así, los teóricos que fundamentan la idea del Estado como un “policy market”, es decir, como una supraestructura destinada a asegurarse que el mercado funcione, procurando reducir los factores distorsivos, y visualiza una función del derecho destinada a superar las “externalidades” y los “costos de transacción”, creen que es posible fundar el orden social sobre la base del mercado.

Criticamos esa idea por entender, como ya expresamos anteriormente, que parte de una idea de eficiencia aplicable al campo de la economía sobre la base de la regla “costo-beneficio”, muy diferente a la idea de eficiencia en el campo de la política estatal, relacionada con el adecuado funcionamiento de la justicia y la maximización de la libertad y la igualdad.

En su clásica obra *Economía y sociedad*, Max Weber, uno de los autores más importantes en el campo de la sociología, dedica varios capítulos a describir las distintas formas de agrupamiento humano, partiendo de las organizaciones tribales, las sociedades mágicas y religiosas. Al referirse al mercado le dedica unas muy pocas páginas, circunstancia que contrasta claramente con la larguísima extensión de la obra referida. Allí, Max Weber explica que los mercados eran ámbitos que se situaban en las afueras de las ciudades donde los comerciantes acudían de manera transitoria a ofrecer sus mercancías y donde los habitantes del pueblo concurrían a comprar. De las negociaciones surgiría el “precio” de los productos.

Enfatiza el autor que el único vínculo entre tales oferentes y demandantes era el “regateo”, de donde puede concluirse que el mercado no revestía para Weber la categoría de una organización social. No se desprende de sus páginas una sola línea que pretenda fundar las relaciones sociales sobre la base del mercado.

En su *Teoría de la justicia*, John Rawls toma la clásica idea expuesta por Adam Smith en su *Investigación sobre la causa de la riqueza de las naciones* sobre la llamada mano invisible del Estado para intentar una explicación racional de la misma.

Como se sabe, Adam Smith sostuvo que las relaciones económicas serán tanto más eficientes cuando fuera la regla de la oferta y la demanda la que las guiaran. En el ambiente de la Escocia puritana en que Smith escribió su célebre tratado, a la manera de un libro de filosofía y no propiamente como una obra de economía, el dejar que las relaciones económicas se autorregulen por la llamada “mano invisible” las acercaría al ideal, al óptimo posible.

Esta regla de la mano invisible del mercado ha tenido general aceptación como la regla de oro básica del pensamiento liberal. Los franceses lo escriben como “laissez faire, laissez passer” y en tales términos lo tradujo Juan Bautista Alberdi en su introducción al “Sistema económico y rentístico” (dejar hacer, dejar pasar).

Al intentar una explicación o formulación “racional” de la mano invisible, John Rawls apela a distintas teorías, entre ellas a la denominada “teoría de los juegos”; buscando definir el óptimo en la decisión racional y la decisión más eficiente, entendiendo por esto último la que otorga el mayor beneficio.

La concepción de John Rawls se antepone así a la de su contemporáneo Robert Nozick, que sigue la regla del autointerés o la autosatisfac-

ción individual. Para Rawls, en cambio, toda vez que sea racionalmente posible, entre dos opciones debe optarse por aquella que otorgue el mayor beneficio social, entendida ésta como la solución más eficiente.

En el Congreso de la Asociación de Constitucionalistas Italianos, celebrado en Ferrara (1991) sobre el tema “Economía y Constitución”, el relator profesor Giuliano Amato, propuso la incorporación del mercado como un “valor constitucional”. La propuesta del jurista demócrata-cristiano, luego primer ministro, era interesante en cuanto se buscaba la fijación de límites para la regulación de un “mercado responsable” evitando abusos y distorsiones como los monopolios.

La propuesta fue sin embargo rechazada, por entender la mayoría de los críticos que el mercado era un concepto económico (“el ámbito de concurrencia de la oferta y la demanda”) y no un concepto jurídico. Se entendía que lo que correspondía a la Constitución regular y al Estado era, en realidad, lo que ya estaba el principio de libertad económica, la libre participación, la inviolabilidad de la propiedad privada, la autonomía contractual y el reforzamiento de las garantías.

En el marco conceptual de las ideas expuestas nos sumamos a lo expresado por el gran escritor y pensador mejicano Octavio Paz: “El mercado es apto para fijar precios, pero no para fijar los valores sociales”.

VII. 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 “óntica” 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 Mus-

solini, 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 del derecho Luis Legaz y Lacambra atribuyó a un prestigioso jurista del cuatrocientos —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 “hiperpresidencialismo” 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 ten-

dencia 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 de pueblo no ha de temer amenazas en esa dirección; quiero decir, mientras el Departamento Judicial se mantenga aislado tanto de la Legislatura 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...”

VIII. 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 determinado 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. Éste 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 del 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.

IX. 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.
- 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, a asegurar su regularidad, continuidad, igualdad y generalidad, 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, y en todos los casos con tarifas justas y razonables.

Tampoco, no obstante la preocupación que origina, el carácter monopolístico de la prestación de servicios públicos puede ser un exclusivo motivo 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. 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”.

Queda comprendido, así, el deber de prevenir tanto las consecuencias económicas producto del carácter monopolístico 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 siste-

ma 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 procurarse coordinarse a fin de evitar superposiciones, en detrimento de la eficiencia y rapidez en el logro de los objetivos.

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 complementar 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.

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.

Entre las atribuciones del órgano descentralizado de control, descontando las netamente técnicas, destacamos las llamadas “jurisdiccionales” en cuanto resuelven controversias relacionadas el 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.

X. 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 autoreglativa 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 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 abtencionismo 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 in-

tervencionismo, 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 hablar 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 que conceptos como “justicia social” deben aparecer dentro del texto constitucional es contestado de manera simple pero certera por Miguel Herrero 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*, 23) destacó que el Estado debe velar por el “bien común” como propia misión suya. Bajo esa concepción expresaba: “Más, 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*, 25). “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*, 35).

Pío XI (*Divini Mius Magistri*, 44) 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 derecho 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 demo liberal, 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 demo liberal 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 del 57, 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 sobre-dimensionamiento 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 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 aún no han sido reglamentados para su ejercicio, o bien no se han dictado las correspon-

dientes 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.

XI. 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 ex-

presamente 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, etc. 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 predeterminedada.

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 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 “vacuada” 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 Benjamín 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, 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 in-

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, aún 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 aún 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 contitucionalismo 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 en 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 “Centessimus 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.

XII. EL ESTADO POSBENEFADOR 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 treinta.

Pero en la década de los setenta se inicia la crisis del “Welfare State” y en los 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 posindustrial 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 posindustrial, 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.

XIII. EPÍLOGO SOBRE LA CRISIS RECIENTE

La crisis económica reciente que tanto nos conmueve, da lugar a reflexiones sobre el papel

del Estado en la economía y, en consecuencia, a la vinculación del derecho constitucional en tal problema.

Hace ya muchos años que Juan Bautista Alberdi explicara la naturaleza de las crisis en sus *Escritos económicos*: “Las crisis son un mal moderno nacidas y coetáneas del crédito...”.

Nacen del pánico y del escepticismo, más que de la destrucción de capital efectivo. Se curan naturalmente por el renacimiento de la confianza, es decir de la creencia, del crédito. Desde que el pueblo cree, ya tiene fondos y recursos.

Las crisis no se explican por las estadísticas y los números, sino en sus efectos, que son reales, aunque sus causas no lo sean, son como las enfermedades, desórdenes de la vida, que no tienen cuerpo ni existencia apreciable ni propia, como las enfermedades imaginarias, que no por ser irreales dejan de ser capaces de dar muerte. Vienen muchas veces por sí mismas, y se van por sus propias leyes naturales o excepcionales.

“Una crisis es el estado anormal de un mercado que, como un solo mercader, cae todo entero en apuros de dinero, suspende sus pagos, quiebra, se liquida, se arruina, por mala conducta, malos cálculos, malas empresas o malos tiempos naturales o políticos”.

En nuestros días, el gobierno de Estados Unidos ha implementado un colosal operativo de “salvataje” a través de medidas intervencionistas aprobadas por el Congreso que incluyen la privatización de bancos como el City Group e inclusive, la inyección de dinero del Estado para sostener a la banca privada.

En el ámbito de la Unión Europea se han impulsado medidas de estímulo, aun cuando se advierten diferencias sobre el alcance que deben tener tales ayudas. El gobierno además, por un lado, se ha manifestado en contra de extender la ayuda a los países del Este con el fin de no debilitar los fondos del Banco Central Europeo.

El centro del debate ha sido ocupado por John Maynard Keynes y su teoría recomienda la acción de Estado como motorizador de la economía en tiempo de depresión o de crisis para reactivar el ciclo económico. También el “New Deal” de Franklin D. Roosevelt después de la gran depresión

en Estados Unidos durante la década de los treinta del siglo pasado ha sido materia de especial análisis al igual que el “Plan Marshall” para Europa después de la Segunda Guerra Mundial, como ejemplo de intervención, o “ayuda externa” para fortalecer el funcionamiento de la democracia y de la economía de mercado como cara de la libertad política.

En un momento, la influencia keynesiana, alimento el denominado “constitucionalismo social” si bien intervinieron otros partidos políticos como fue la necesidad del Estado liberal de derecho de dar respuesta a las demandas igualitarias impulsadas por el comunismo (desde la izquierda) y el fascismo (desde la derecha).

Bajo el influjo de tales corrientes, las constituciones ampliaron, sus cláusulas no solamente para incorporar catálogos de nuevos derechos sino también para definir el papel promotor de los órganos del Estado y crear los mecanismos de control.

Ha destacado Vanossi que el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social se verifica por el cumplimiento de dos principios: 1) El presupuesto racional del estado de derecho. 2) El cumplimiento de la regla conforme a la cual, a todo acrecentamiento del poder corresponder un consecuente reforzamiento de los controles, de las garantías y de las responsabilidades.

En muchas cosas, el constitucionalismo social fue acompañado de normas constitucionales reguladoras de los derechos económicos, como así también de normas de atribución y de reparto de competencias enfocada en el reordenamiento de la economía, dando lugar a la llamada “Constitución económica” como parte de la Constitución Política del Estado y realizando así también la importancia de lo económico.

De este modo, fueron materia de tratamiento constitucional la propiedad, el mercado, los organismos de control, el sector público de la economía, el presupuesto y el control del gasto público y en algunos casos, inclusive, las constituciones han definido el modelo económico; sea de economía libre o planificada o mixta.

La crisis de los años setenta del siglo pasado, vinculada con el petróleo puso en cuestión al modelo del Estado benefactor, originando la llamada “crisis del fisco” y cuestionando severamente la inclusión de cláusulas en las constituciones que requerían de un difícil compromiso por parte de los Estados para su cumplimiento, generando la consecuente pérdida de credibilidad y, también, de legitimidad.

Frente a esto, el neoliberalismo no solamente propicio, en reiteradas ocasiones, un mayor vigor que también sostuvo la necesidad de adecuar la acción estatal al superávit fiscal, combatiendo el déficit y el endeudamiento público como males a superar.

En los Estados Unidos comenzó a cobrar importancia el llamado análisis económico del derecho (AED) movimiento iniciado en la Escuela de Derecho de Chicago y de Yale, a través de distintas versiones que de manera sintética podría caracterizarse como un “enfoque” que recomendaba a los “operadores jurídicos” (jueces y abogados) aplicar en sus juicios y razonamientos las metodologías propias de la ciencia económica.

En un importante trabajo presentado en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina, el Académico Jorge Reinaldo A. Vanossi se previene del peligro que el AED pretenda imponer la econometría por encima del derecho, admitiendo asimismo que, en ese caso, anular disciplinas saldrían devaluadas.

Por eso es que se encarga de señalar en el trabajo antes citado, que el AED no es una “teoría”, ni puede pretender las ambiciones de una “doctrina”, tampoco reúne las potencialidades de una “metodología”. ¿Qué es?, es una herramienta o instrumento para obtener un “enfoque”, o si se quiere, un nuevo y más amplio enfoque de los fenómenos sociales, a cuyo ámbito pertenecen tanto la economía como el derecho, y muchos otros más de la actividad humana.

Al respecto, el denominado ADE ha adquirido un desenvolvimiento y una gravitación en el ámbito jurídico y demás disciplinas de las ciencias sociales, que obliga a una consideración ponderada de sus méritos, pero también de sus límites.

Ello así, por cuanto se observa una proclividad a encararlo desde dos extremos opuestos: por un lado, la adhesión incondicional, sometiendo el derecho a la primacía absoluta de la economía, lo que se traduce en forjar una suerte de “fundamentalismo”, con todas las secuelas y connotaciones que ello implica, y por otra parte, el rechazo *in limine* o la demostración lisa y llana del factor económico en la escrutación de los problemas jurídicos, lo que conlleva a una perspectiva incompleta, a veces errónea, o por lo menos vulnerable de los *issues* que tienen origen, sustentación y resolución en los planos normativos y hermenéuticos.

La postura de este autor responde a una inquietud de equilibrio y objetividad, partiendo de la interdependencia de las “ciencias sociales” y si-

tuando por ello a los estudios de “*Law & Economics*” como un valioso enfoque del tema, sin perjuicio de subrayar las vertientes de doctrina que lo impulsaron y de la ya inocultable variedad de matices y de orientaciones que han surgido alrededor de una escuela que no está y no tiene por qué estar “unificada” en su pensamiento, ni tiene — tampoco — el don de la infalibilidad en la formulación concreta de sus enunciados.

Varios años atrás, los estudios de Anthony Downs en su *Teoría económica de la democracia* pretendían explicar el comportamiento racional colectivo frente al voto, tema que ha sido materia predilecta de muchos analistas y, más recientemente, como el Premio Nobel Gary Becker, basan el comportamiento humano individual y colectivo en reglas de razonamiento lógicas, similares a las del mercado. No se han reducido esas corrientes de pensamiento al mercado electoral y al de la representación partidaria, sino también se han internado en la propia justificación del Estado y de sus funciones, proponiendo limitarlas al mínimo, y aun, suprimirlo.

No voy a abundar en todas las tesis y posiciones que han demostrado la inexistencia de una racionalidad colectiva en sí misma y que llevaron al propio Rousseau a recurrir a una premisa meramente idealista como la idea de la voluntad general, y al análisis de los distintos métodos y técnicas utilizables en una democracia, como la “regla de la mayoría”, que tampoco coincide plenamente con el ideal democrático, ni se puede explicar en términos puros de la tan pretendida, buscada e inalcanzable racionalidad colectiva.

Esa pretensión, ha dado lugar a la aparición ocasional de algunos “intérpretes” de la voluntad popular, bajo cuyo auspicio y albergue han tenido cabida los más oscuros designios. De allí resulta con toda evidencia lo acertado de la apreciación de Norberto Bobbio: considerar la democracia como un conjunto de reglas de procedimiento consideradas valiosas en sí mismas. Revalorando la máxima kantiana, se trata de un problema de medios y no de fines; por ese camino renace la fe en el futuro de la democracia.

El reduccionismo economicista también ha procurado explicar los fundamentos mismos de la justificación del Estado, de sus funciones, de la obligación política y de la legitimidad. No parecen caber dudas de que en esa visión ha influido una fuerte impronta ideológica oculta bajo un pretendido ropaje científico, sostenedora del denominado “neoliberalismo”,

que ha impulsado con especial fervor las corrientes del análisis económico en la ciencia política y en el derecho. Autores como Buchanan y Tullock han contribuido a la reformulación de las funciones del Estado y hasta en la reformulación del mismo derecho de propiedad.

El Estado ideal sería una versión renovada del “Estado gendarme”, denominado ahora “Estado mínimo” o “ultra mínimo” en términos de Robert Nozick. La conducta humana estaría guiada por el “auto interés”, generando reglas de comportamiento colectivo que favorecerían la organización social a través de la competencia en el mercado. La función del Estado y la función de los jueces es sólo la de asegurar la competencia, tratando de que el mercado funcione por sí mismo. La intervención y alteración de ese principio sólo se justificaría ante la presencia de “externalidades” (concepto económico).

Llevada a extremos simplificados, las corrientes de la *Public Choice* y del *Law and Economics* reeditan la fe en la “mano invisible” de Adam Smith. Sobre ella no hay tampoco explicaciones racionales que justifiquen su funcionamiento y, especialmente, las distorsiones que genera en términos de monopolios y desigualdades en la distribución de bienes y en la acumulación de capital.

Los liberales insisten en la validez de la receta y afirman que nunca se ha tenido la oportunidad de ver funcionar libremente la economía de mercado, permitiendo que ella misma, a la larga, corrija sus propias distorsiones. Llevado a términos absolutos, el reino total del mercado implicaría la desaparición del Estado o su reemplazo por aquél.

En el fondo, la cuestión es tan utópica como lo fue la pretensión marxista de abolir el Estado una vez que el materialismo dialéctico determinara inexorablemente que la “dictadura del proletariado” hubiese concluido su ciclo histórico. En verdad, la historia, que es el gran laboratorio de las ciencias sociales, ha enseñado que, guste o no guste, el Estado es cuando menos, un mal necesario, imprescindible para que sea posible la organización social.

Qué tipo de Estado se prefiere es ya una cuestión ideológica. Vanossi ha presentado una larga lista de ejemplos: Estado gendarme, liberal, burgués, social, benefactor, de bienestar, empresario, intervencionista, regulador, burocrático-autoritario, aristocrático, etcétera; pero de lo que no se ha podido nunca prescindir es de su necesidad y existencia como arbitro

de las relaciones sociales y asegurador del orden en el territorio, como promotor de las reglas de juego, como garante de las libertades, etcétera.

Por eso es que esta crisis presenta un desafío mayor al hablarse del “fin de la historia”, el “fin del Estado” y vislumbrar, incluso, una globalización de contenidos informáticos, electrónicos y financieros, para poder imaginar una realidad virtual de empresas multinacionales rigiendo nuestros destinos.

La pregunta que uno podría formularse es ¿qué nos llevo a esta crisis de la crisis del Estado? ¿Qué justifica y da fundamento a las nuevas teorías? ¿Sobrevivirá el Estado? ¿Cuál será el destino de las constituciones y del derecho constitucional?

Por más importantes e inimaginables que fuesen todas las transformaciones e innovaciones técnicas, no estamos viviendo cambios en la naturaleza humana, que también cambia en alguna medida, evoluciona, pero no de forma vertiginosa ni subrepticia.

El Estado se encuentra ubicado en el plano de la fenomenología, existe porque el hombre existe y porque es, por naturaleza, un ser social. Seguirá existiendo, por principio, más allá de las consideraciones particulares sobre sus características.

Tengo la misma apreciación con respecto a la Constitución y al derecho constitucional, ya que si bien existe una diferencia importante en cuanto a su existencia en la historia del hombre (reducida a los apenas algo más de doscientos años desde las grandes revoluciones, la norteamericana y la francesa, en ese orden, según muy bien lo ha demostrado Annah Arendt en su ensayo sobre la revolución) y reducida a un universo cultural propio y definido formado por los países que denominamos “occidentales”, ya sea que respondan a la cultura jurídica anglosajona o al denominado “derecho continental” europeo, subyace una raíz romanista común que los identifica.

Pero concedida esa válida salvedad en cuanto al escaso tiempo del constitucionalismo en la historia del hombre, circunstancia que no nos permite calificarlo como un epifenómeno perenne —como el Estado— sino como una creación de la cultura; no obsta ello a observar que en todo caso es un avance en el desarrollo de la civilización que significa una incorporación al patrimonio cultural.

Así también puede señalarse desde un punto de vista antropológico, que si bien el Estado como fenómeno es antiquísimo, su concepción

científica, ligada al racionalismo, se encuentra a finales de la Edad Media y en las puertas de la modernidad; es decir, algo más antigua que el constitucionalismo en términos históricos, toda vez que el constitucionalismo descansa sobre ideales democráticos y sobre fundamentos racionalistas originados en el iluminismo y aún no superados, como por ejemplo, las tesis contractualistas o pactistas que fundamentan la legitimidad de la obligación política.

La Constitución, como una creación cultural, ha evolucionado con la civilización, a tal punto que hoy existe una asimilación conceptual muy cercana entre la teoría de la Constitución y la teoría de la democracia, de manera que la primera viene a ser el sostén formal —normativo— de aquella. El tema será desarrollado posteriormente, pero basta señalar que en nuestros días, cualquier ejercicio de poder constituyente que no respete los derechos humanos, no sería considerado legítimo.

No se trata aquí de hacer predicciones ni futurología, tema siempre fácil toda vez que los contemporáneos no tienen la posibilidad de juzgar el futuro —como también tienen mucha dificultad para comprender su propia contemporaneidad— sino, apenas, de tener la certeza sobre el pasado que brinda el conocimiento de la historia, auxiliar indispensable en el ámbito de nuestra especialidad.

Nuestro interés es el análisis intelectual de un verdadero problema de ingeniería constitucional —parafraseando a Sartori—, no se trata de una pretensión fundacional sino de acercar aportes, reflexiones y puntos de vista a un debate fundamental que, dadas las circunstancias, bien puede considerarse el último gran debate del siglo.