
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 34	p. 1-254	out./dez. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense de Direito Administrativo

Direção Geral: Romeu Felipe Bacellar Filho
Direção Editorial: Paulo Roberto Ferreira Motta
Direção Executiva: Emerson Gabardo
Conselho de Redação: Edgar Chiuratto Guimarães
Adriana da Costa Ricardo Schier
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)	Jorge Luís Salomoni - in memoriam (Argentina)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Alice Gonzales Borges (Brasil)	José Carlos Abraão (Brasil)	Nelson Figueiredo (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)	José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)	Odilon Borges Junior (Brasil)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)	José Luís Said (Argentina)	Pascual Caiella (Argentina)
Carlos Ayres Britto (Brasil)	José Mario Serrate Paz (Uruguai)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Carlos Delpiazzi (Uruguai)	Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)	Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (Brasil)	Juarez Freitas (Brasil)	Paulo Neves de Carvalho - in memoriam (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)	Julio Rodolfo Comadira - in memoriam (Argentina)	Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Clèmerson Merlin Clève (Brasil)	Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Clovis Beznos (Brasil)	Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - in memoriam (Brasil)	Rogério Gesta Leal (Brasil)
Eros Roberto Grau (Brasil)	Marçal Justen Filho (Brasil)	Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Fabrcio Motta (Brasil)	Marcelo Figueiredo (Brasil)	Sérgio Ferraz (Brasil)
Guilhermo Andrés Muñoz - in memoriam (Argentina)	Márcio Cammarosano (Brasil)	Valmir Pontes Filho (Brasil)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)		Weida Zancaner (Brasil)
		Yara Stropa (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

© 2008 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com a seguinte publicação:

- Revista da Faculdade de Direito

Seguridad jurídica, derechos y necesidades

José Luis Said*

Professor Adjunto de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Professor de Metodologia e Interpretação jurídica do Curso de Especialização em Direito Administrativo na Universidade Nacional de La Matanza e da Universidade Nacional do Litoral. Secretario Judicial de Assuntos Contencioso-administrativos e Tributários do Tribunal Superior de Justiça da Cidade Autônoma de Buenos Aires.

Resumen: La ideología de la reforma del Estado en Argentina y las técnicas aplicadas (modernización, flexibilización, desregulación) se resume en la expresión “menos Estado”, que se traduce en “menos Derecho”, “menos garantías”, “menos Estado Social de Derecho”. La “Reforma del Estado” y la “vuelta al mercado” en la Argentina tuvo en miras resolver problemas vinculados con el déficit de las cuentas públicas y el endeudamiento externo e interno. Las técnicas administrativas utilizadas dotaron de mayores ventajas a los inversores y empresas y debilitaron la situación de los sectores sociales más desventajados. No se tuvo en cuenta la protección del sistema de necesidades, y por ende no contribuyeron a dotar de mayor seguridad jurídica a los derechos prestacionales reconocidos por nuestra Constitución y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El paradigma regulatorio aplicado (regulación económica) debe ser desplazado por el paradigma de la “regulación social” para dar seguridad jurídica y eficacia a la atención del sistema de necesidades.

Voces: Regulación económica y social. Derechos y necesidades. Seguridad jurídica. Estado y mercado. Servicios públicos.

I Introducción

1 Mi país no fue creado por la empresa privada. Sus caminos, sus represas, sus ferrocarriles, sus puertos y su flota mercante, su aviación y aeroestaciones; sus usinas termoeléctricas y nucleares, sus industrias petrolera, carbonífera, siderúrgica; sus universidades, colegios y escuelas; sus hospitales; sus teatros más renombrados; en fin, toda su estructura fue creada por el Estado o por agentes privados con fondos aportados por el Estado, con el dinero (la inversión suele decirse ahora) generada por el ahorro interno de nuestros ancestros nacionales e inmigrantes que vinieron a construir mi patria, o por el crédito externo tomado por el Estado.

* La exposición efectuada en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, el día 15 de mayo de 2007, se basó en este documento, preparado para la intervención en el Congreso. Sin embargo en el relato efectuado efectué modificaciones (supresiones y agregados) para evitar reiteraciones con lo expresado por los conferencistas y palestrantes anteriores, para recoger algunas ideas expresadas durante sus exposiciones y para ajustarme al tiempo asignado. De todas maneras, las ideas fundamentales expresadas no difieren del texto que ahora acompaño.

El paso de la Argentina agro-ganadera del siglo XIX y comienzos del siglo XX, al país con desarrollo industrial — iniciado a partir de la década del 30 del siglo anterior — fue obra del Estado, no de la inversión privada.¹

2 Es sabido que cuando el ahorro interno es insuficiente, los Estados buscan recursos con dos procedimientos principales: mediante empréstitos y emisión de bonos de deuda pública, o mediante la venta de acciones de sus activos. Para el inversor cada una de estas formas entraña un riesgo. La falta de pago de los bonos, el deterioro de su valor por no estar indexados y la retención del pago de los intereses, son el riesgo que conlleva la adquisición de títulos de la deuda de un Estado. La expropiación de las ganancias provenientes de las acciones puede darse sea por la nacionalización o estatización de las empresas sin compensación a los adquirentes de las acciones, o, en forma indirecta, por la modificación de la regulación de los precios o de otras variables económicas.²

La estrategia de endeudamiento sobre la base de emisión de bonos llevó a acrecentar la deuda de la Argentina en forma exponencial.³

Advertidos de la creciente situación de insolvencia, los acreedores, en conjunto con la conducción política de mi país, impusieron nuevas reglas de juego económicas dirigidas a garantizar sus créditos mediante la privatización de las empresas de servicios públicos — cuyo precio pudo integrarse con los bonos de la deuda pública mencionada —, empresas que contaban con un mercado cautivo de usuarios: los habitantes que precisan el agua, la electricidad, el gas, los teléfonos, los combustibles, etcétera, para su vida diaria.

El riesgo de una posterior expropiación fue superado mediante la firma por parte de Argentina de numerosos tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones en los que se estableció la renuncia del Estado Argentino a la jurisdicción de sus tribunales y el sometimiento a los tribunales arbitrales del CIADI, organismo dependiente del Banco Mundial.⁴

¹ Para el tema, por todos, Guillermo Vitelli, "Los Dos Siglos de la Argentina – Historia Económica Comparada", Ed. Prendergast, 1999.

² John Vickers y George Yarrow "Aproximaciones económicas a la privatización", en el libro "Privatización, desregulación y ¿competencia?", a cargo de Germà Bel I Queralt, Ed. Civitas, 1996, p. 196-198.

³ Mabel Thwaites Rey "Estado y sociedad – Ajuste estructural y reforma del estado en la Argentina de los 90. Interpretación de la crisis Argentina", Realidad Económica 160/1, 2006, expresa "Datos oficiales muestran que la deuda pública en dólares pasó de U\$S 56.708 millones en 1990 a U\$S 74.215 millones en marzo de 1995 (Marcó del Pont, 1995) y hacia mediados de 1997 ya llegaba a los U\$S 96.731 millones. El 90% de esa deuda es en moneda extranjera, correspondiendo el 61,8% a títulos públicos (Bradys, Eurobonos, Bonex, Bocon y otros), el 16,8% a endeudamiento con organismos multilaterales y el 9,6% con gobiernos y acreedores oficiales".

⁴ Sobre el alcance e implicancia de esos tratados puede verse "El arbitraje en los contratos internacionales celebrados por el Estado", de Guillermo A. Muñoz, en Actualidad en Derecho Público — segunda época —, n° 10, 1999, Ed. Ad-Hoc, p. 83 y siguientes, quien realiza una profunda crítica al sistema desde la perspectiva del interés nacional.

En un sentido favorable a la suscripción de tales tratados puede consultarse a Guido S. TAWIL "Los Tratado

Los inversores exigieron al país limitar sus medios y recursos de soberanía para la defensa del Estado y del interés público como condición para transferir los recursos que con urgencia eran requeridos para la prestación de servicios cuya calidad se había degradado paulatinamente por causas que no es posible señalar ahora. *Privatizar y desregular*, esa fue la consigna de los 90⁵ que trajo aparejada un notable transferencia del patrimonio público al sector privado.⁶

3 Pero el Estado quebró. La crisis de principios del milenio en mi país — que puede amojonarse con los muertos en la Plazo de Mayo y sus alrededores durante los días 19 y 20 de diciembre de 2001, con las imágenes de los niños en estado gravísimo de desnutrición transmitidas como “noticia” por la televisión, con los indicadores de desempleo y pobreza, que reflejaban a la mitad de la población del país sumergido bajo la línea de pobreza, entre otras “imágenes del naufragio” — impuso al Estado la obligación de alterar las condiciones pactadas al privatizar y desregular.

La protesta de los inversores se alzó airada: ante los tribunales del CIADI se demanda a la Argentina porque las políticas adoptadas para superar la crisis son *expropiatorias* o *cuasi expropiatorias*.⁷ Ante la Administración y los tribunales nacionales se reclaman *derechos adquiridos* y *seguridad jurídica* para las inversiones.

de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones y el Arbitraje Internacional: el caso de la Argentina”, publicado de M&M Bomchil Abogados, 2001.

Por su parte José O. CASÁS en “Los mecanismos alternativos de resolución de las controversias tributarias”, Ed. Ad-Hoc, 2003 reseña: “Las principales obligaciones asumidas por los Estados en los BIT’s responden a reglas más o menos comunes destacándose entre ellas los patrones generales — ‘tratamiento justo y equitativo’; ‘tratamiento no menos favorable que el acordado a los inversores locales’; ‘tratamiento acordado a los inversores de la nación más favorecida’; ‘la denominada umbrella clause’ y las llamadas ‘cláusulas de esta estabilización’—...” (p. 201-202).

Durante la gestión Menem fueron celebrados 56 TBI, de los que 47 fueron aprobados por Ley de la Nación en el período 1992-diciembre 1999.

⁵ El gobierno democrático logró concretar la política de reducción del Estado a favor del mercado iniciada durante la dictadura militar del período 1976-1983, durante la cual se dictó la ley 22.177; también el decreto n° 1842 de 1987 se inscribió en ese camino. Véase sobre el punto Daniel Azpiazu, Graciela E. Gutman, Adolfo Vispo: “La desregulación de los mercados – Paradigmas e inequidades de las políticas del neoliberalismo”, Norma-Flacso, 1999, en particular “Introducción”, a cargo de D. Azpiazu. También, la exposición de Julio Rodolfo Comadira en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Curitiba, 2003, “Las nociones contemporáneas de servicio público y su regulación por las agencias”, publicada en *A&C- Revista de Direito Administrativo y Constitucional*, n. 13, 2003.

⁶ La ley 23696, dictada al inicio de la presidencia de Carlos Menem, habilitó el proceso más profundo de transferencia de activos públicos que se registre en mi patria. En efecto, Thwaites Rey, citada en nota 3, señala que “pese al total de cerca de U\$S15.000 millones — en efectivo y en títulos — que se calcula que se obtuvieron por privatizaciones, a 1997 se estimaba que el patrimonio del sector público había bajado en unos U\$S54.000 millones durante la vigencia del plan de Convertibilidad”.

⁷ Según el economista de Flacso, Daniel Azpiazu, “La Argentina ostenta un triste record mundial: 35 de los 86 casos pendientes de resolución en el Ciadi (Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) corresponden a demandas entabladas contra la Argentina; y 27 de ellas han sido presentadas por empresas privatizadas”, diario Página 12, suplemento Cash, del 6/3/2005.

Por su parte Javier Perotti, del Centro Argentino de Estudios Internacionales (CAEI) expresa: “A partir de 2002, un amplio número de casos de arbitraje han sido abiertos en el CIADI contra la Argentina. Particularmente durante el 2004, se observó un crecimiento significativo de tales números, llegando en la actualidad a la cantidad de 34 los reclamos contra la Argentina que figuraban en la lista del CIADI, los cuales involucran un pedido de resarcimiento económico cercano a los 20.000 millones de dólares y han convertido

II Modernización, flexibilidad, desregulación: el contexto

1 La decisión política de “reformular” y “modernizar” el Estado adoptada y ejecutada durante la década de 1990, y someter al “mercado” la prestaciones de bienes y servicios esenciales para el desarrollo digno de las personas humanas, expresó una fobia al Estado y una exacerbación de la concepción mercantil de los servicios públicos. Las posiciones de los teóricos contrarios a la intervención del Estado en la economía partieron de las obras de Friedrich Hayek, para quien los servicios del Estado de Bienestar son un riesgo para la libertad “La libertad está críticamente amenazada cuando se da al gobierno el poder exclusivo de proporcionar ciertos servicios — poder que, a fin de lograr su propósito, tiende a usar para la coerción discrecional de los individuos”.⁸

El proyecto político de los años 90 adoptó las tesis del pensamiento neoliberal que atribuye, en última instancia, a un excesivo intervencionismo estatal (en la gestión y en la regulación) ser la causa de las principales fallas del mercado, pues su actuación (la del Estado) conspira contra el libre juego de las “fuerzas del mercado” que, según tal discurso, resultarían por sí mismas eficientes en la asignación de los recursos entre los diversos actores sociales, dejando de lado que “para el propio Adam Smith, el ‘sistema de la libertad natural’, sustento de la ‘mano invisible de los mercados’, necesita de la mano visible del Estado y las instituciones”.⁹

2 Considero que la concepción que describe y pregona la existencia de un orden de mercado natural o naturalizado — establecido como un ámbito en el que el derecho no debe imponer ningún resultado distributivo de poder y riqueza en particular — inserta una falacia en el discurso jurídico y político. El mercado es una consecuencia del Estado, de la regulación estatal, de las normas que permiten y delimitan las condiciones de validez de los intercambios y que dotan de seguridad a las transacciones. No hay, entonces, posibilidad de mercado sin el Derecho que emana del Estado, situación ésta reconocida hasta por quien profetizara la muerte de los servicios públicos.¹⁰ Ariño Ortiz expone que el Estado

a la Argentina en el país más demandado ante dicho organismo. La mayoría de los reclamos efectuados se relacionan con el impacto que algunos inversores extranjeros consideran que les produjeron las medidas económicas de emergencia adoptadas, especialmente en 2002, por el gobierno argentino; medidas que, por su naturaleza, produjeron impacto en otros inversores y, por cierto, también en los ciudadanos argentinos” (en “Consideraciones del caso argentino ante la jurisdicción del CIADI”, <www.caei.com.ar>).

⁸ Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, citado por Santiago Muñoz Machado “Servicio Público y Mercado - I - Los fundamentos”, Civitas, 1998, p. 24, nota 11.

⁹ Daniel Azpiazu, Graciela E. Gutman, Adolfo Vispo, ob. cit. en nota 5, en particular “Introducción. II. De la adopción a-crítica del discurso neoliberal a la complicidad ideológica frente al pragmatismo discriminatorio”, a cargo de D. Azpiazu, p. 16-24.

¹⁰ expresión que J.M. de La Cuetara atribuye a Gaspar Ariño Ortiz en el libro que, junto con J. L. Martínez López Muñoz, escribieron los tres titulado “El nuevo servicio público”, Marcial Pons, 1997; cita extraída de Santiago Muñoz Machado “Servicio Público y Mercado - I - Los fundamentos”, Civitas, 1998, p. 27, nota 15.

es condición de posibilidad del mercado. Así sostuvo que “En el mundo económico, el Estado garantiza la seguridad, sostiene los derechos, permite los intercambios, impone el cumplimiento de los contratos. Sin él la economía no sería posible, salvo al nivel primario de la autosubsistencia, el trueque y la rapiña”,¹¹ y, luego, “Sin Estado, no hay mercado”.¹²

Le asiste entonces razón a Porto Macedo Jr. cuando expone que la interpretación del régimen del mercado es siempre “la interpretación de *un régimen jurídico específico y posible*, dentro de otros igualmente posibles”.¹³

3 Los pensadores liberales recusan la idea de que *el mercado constituye un orden de poder y de riquezas*. Tras esa primera negación, aparece otra: no es preciso que el Estado intervenga en los mercados para morigerar ese poder (negado) o para redistribuir riquezas.

La concepción individualista de la burguesía europea justificó, luego de la Revolución Francesa, que los servicios que el Estado ofrecía a los ciudadanos fueran, fundamentalmente: a) la *policía*, para garantizar el ejercicio de las libertades proclamadas por la ilustración; b) la *beneficencia*, para quienes no podían valerse por sí mismos; y c) las *cárceles*, para quienes no cumplían las reglas impuestas.¹⁴

Las injusticias del orden social resultante, las luchas obreras, el surgimiento y desarrollo de corrientes de pensamiento fundadas en un concepción del ser humano y de la sociedad que incorpora la solidaridad como valor fundamental (doctrina social de la Iglesia, socialismo, marxismo, constitucionalismo social) tuvieron consecuencias en los deberes que el Estado asumió frente a sus gobernados. La configuración de los servicios públicos en la doctrina francesa y en los vastos ámbitos donde ella ha influido, parte de la concepción regaliana del poder público: “como una prestación debida por el Estado a los ciudadanos. En cumplimiento de esa obligación se organizan prestaciones de las que es titular el Estado, sometido a reglas de Derecho Público, y que se gestionan directamente o bajo su control”.¹⁵

En paralelo, el principio formal de igualdad fue incorporando elementos sustantivos. Así, reconoció que existen diferencias entre las personas que concurren a los distintos mercados (de trabajo, de bienes, de dinero, de salud, etcétera) — y

¹¹ Gaspar Ariño Ortiz, “Principios de Derecho Público Económico-Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica”, Comares-Fundación de Estudios de Regulación, 1999, p. XXIX.

¹² Ídem nota anterior, p. 5.

¹³ Ronaldo Porto Macedo Jr. “Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor, Max Limonad, Brasil, 1998 ; hay traducción al castellano: “Contratos Relacionales y Defensa del Consumidor”, Ed. La ley y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2006, p. 12. Todas las citas de esta obra corresponden a la edición argentina.

¹⁴ J. Rifkin, “El fin del trabajo...”, Barcelona, 1996, citado por Santiago Muñoz Machado, ob. cit. en nota 10, p. 26-27.

¹⁵ S. Muñoz Machado, citado en nota 10, p. 31.

generó principios y reglas jurídicas que establecieron paulatinamente “un derecho de desigualdades, un derecho de privilegios y discriminaciones positivas, moral y políticamente legitimados. Dentro de esta nueva perspectiva, la pertenencia a clases o grupos de agentes funcionalmente definidos pasa a determinar el tipo de régimen jurídico contractual que regulará las transacciones en cuestión, basado en patrones específicos y particulares de regulación”,¹⁶ como lo expresara Porto Macedo Jr.

El Estado social resultante emergió “para corregir una forma inadecuada de entender el Estado de Derecho, que inhibía excesivamente al Poder público ante las insuficiencias, desfallecimientos o desviaciones de la libertad en su debida y necesariamente activa ordenación al bien común, es decir a la adecuada satisfacción de los derechos y las necesidades de todos”, en palabras de J.L. Martínez López Muñiz.¹⁷

Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz lo ha señalado con todas las letras: “Hay, sí, un ‘sistema de libertad natural’, pero en absoluto se impone por sí mismo. Más bien necesita de un complejo entramado político y legislativo, porque la ‘conspiración contra el público’ es propensión justo de los empresarios: la severa política de intervención en el mercado es necesaria y no trata de limitarlo sino de lo contrario, de salvarlo”.¹⁸

4 La decisión de dejar en manos privadas la prestación de los servicios públicos, trajo consigo la necesidad de compatibilizar principios constitucionales de dos órdenes diferentes: a) los que se vinculan directamente con los derechos humanos de las personas y b) los que se refieren a las libertades económicas de las empresas.

Las corrientes políticas, ideológicas y de intereses que confluyeron en la convención constituyente de Santa Fe de 1994, morigeraron el rigor anti-interencionista (del Estado) en la gestión de los servicios públicos de naturaleza empresaria y lucrativa¹⁹ y plasmaron en los arts. 42 y 43 nuevos derechos y ciertas

¹⁶ Ronaldo Porto Macedo Jr., ob. cit., p. 14.

¹⁷ aut. cit., “Nuevo sistema conceptual”, en la obra “Privatización y Liberalización de servicios”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 3, a cargo de Gaspar Ariño Ortiz, 1999, Uam-Boe, p. 139.

¹⁸ Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz “Servicio Público, Interés General, Monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)”, en Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, números 1-100, edición en CD.

¹⁹ Conviene señalar que, en rigor, las corrientes liberales “a la Argentina” no se opusieron a que el Estado esté presente en la economía global del sistema; es más, requirieron que el Estado garantice a las empresas un determinado nivel rentabilidad para sus inversiones, les conceda privilegios de mercado, subsidie ciertas áreas menos ventajosas para la explotación por los agentes “naturales” del mercado, etcétera. El discurso “antiestatista” y “antiinversionista” no expresa que, en la realidad de los hechos, se reclama que el dinero público, los fondos del Estado, se otorguen en forma directa a las empresas. Dicho con otras palabras: nuestros peculiares liberales demanda una redistribución regresiva del ingreso público.

directivas de organización que tienden a brindar mayor protección a los más débiles, que no fueron establecidos en la legislación privatizadora y desregulatoria anterior a la reforma constitucional.

Es que, como lo señala Juarez Freitas, el prestador (público o privado) de servicios públicos existe para el ciudadano-usuario y no a la inversa.²⁰

5 Las clásicas libertades de empresa plasmadas en el artículo 14 de la Constitución histórica han recibido, en actividades pasibles de consideración como servicios públicos, el embate de los nuevo tiempos.²¹ La marginalidad extrema como fenómeno de masas (desconocido en la Argentina agro-ganadera del siglo XIX), la descapitalización del sector público nacional como política de Estado impuesta a partir de mediados de la década de los 70 del siglo XX, y la irrupción en la conciencia política del valor jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos, entre otros factores, cimentaron la convicción en la necesidad de armonizar las libertades económicas de los sectores que poseen riquezas con las necesidades de quienes sólo cuentan con sus carencias (*los proscriptos de la región del bien*, a los que aludía, con dolorosa belleza, Enrique Marí).

Así, la Constitución reformada, establece:

Art. 42.- Los **consumidores y usuarios** de bienes y servicios tienen **derecho**, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las **autoridades** proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La **legislación** establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

III Perspectiva

1 El título del panel me hizo recordar que las sociedades sólo se formulan las preguntas para las cuales están preparadas. Y aunque el enunciado del título

²⁰ Juarez Freitas, "O Controle Social e o Consumidor de serviços públicos", en "Revista Diálogo Jurídico", Ano I, vol. I, Abril de 2001, en <www.direitopublico.com.br>.

²¹ Para una visión favorable a la ampliación de esas libertades en relación con los servicios públicos, véase el artículo de Ignacio M. De la Riva, "La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados", "Revista de Derecho Administrativo", 2003, p. 293 y subsiguientes, Lexis n° 0027/000100.

no parece formular interrogantes, a poco que profundicemos veremos que cada uno de los términos empleados: *seguridad jurídica*, *modernización*, *flexibilidad*, *desregulación* o *des-reglamentación*, y la decisión de conectarlos y agruparlos, abre un espacio en el que los interrogantes pueden ser varios. La primera reflexión, entonces, sitúa el tema en el ámbito de la *razón instrumental*, que aborda la relación “medio-fin”, y permite que nos preguntemos: *si la seguridad jurídica es el fin ¿las técnicas jurídicas tendientes a la modernización, la flexibilidad y desregulación de la actividad administrativa del Estado en ciertas áreas de interés económico para las empresas privadas afianza la seguridad jurídica?*.

Acotado por el tiempo asignado para la exposición (20 minutos) trataré de señalar algunas ideas y dibujar un mapa (necesariamente esquemático) de las cuestiones que me han intrigado. Para ello, conviene precisar el contenido de algunos conceptos.

IV Seguridad Jurídica

I En su ya clásica “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Gustav Radbruch enseña que entre los valores que integran la *idea de derecho* se encuentran: a) la justicia, b) la adecuación a un fin y c) la seguridad jurídica. Al tratar ésta expresa que se trata de la “seguridad del Derecho mismo”, que requiere, a su vez, cuatro condiciones: a) que sea positivo (establecido en leyes), b) que sea seguro, es decir basado en hechos y no en juicios de valor, c) que los hechos puedan establecerse con el menor margen posible de error, es decir que sean practicables, y d) que el derecho positivo no se halle “expuestos a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental”. En suma: la seguridad jurídica “reclama la vigencia del Derecho positivo”.²²

En general la teoría jurídica considera que la “certeza” es un valor para el Derecho. La certeza, y su reverso la incertidumbre, son cualidades referidas al grado subjetivo de convicción — y a su reverso: la duda — sobre las exigencias del Derecho; sea en un sentido general para *todos* los sujetos (o un universo determinado) cuando se trata de la *ley* o el *reglamento*, o en un sentido particular cuando se trata de *actos o contratos administrativos o de sentencias judiciales*.

El cuanto a lo primero, la certeza de la ley o el reglamento se refiere a la predicción de las conductas exigibles a todos por las normas, de lo que está permitido y lo que está prohibido; es, entonces, la certeza que *ex ante* confiere la ley a todos. En cuanto a su sentido particular, se refiere a la posibilidad de predicción de lo que decidirá la Administración o lo jueces a la hora de resolver una

²² Gustav Radbruch, “Introducción a la Filosofía del Derecho”, p. 39-42, FCE, 1978.

situación específica; la certeza o predicción del resultado de un conflicto es certeza *ex post* del derecho.²³

En otros términos: la seguridad jurídica se refiere, por un lado, a la existencia y estabilidad de las normas, y, por otro, a la predicibilidad de las decisiones administrativas y judiciales en la aplicación de esas normas.

2 Acostumbramos a pensar — desde que Max Weber puso de resalto que la previsibilidad del Derecho y sus operadores constituye un elemento de la racionalidad moderna que exige el desarrollo del sistema capitalista de producción y distribución de la riqueza — en la seguridad jurídica en relación, principalmente, con las acciones de contenido económico.²⁴

Sin embargo, la seguridad jurídica, la certeza en las normas, la convicción en que serán aplicadas en un sentido determinado, es un valor cuya satisfacción esperamos en todo los ámbitos del derecho. Así, confío en que al retirarme de este salón, al cruzar la calle, el tránsito vehicular mantenga el mismo sentido que tenía cuando ingresé a este edificio. Y confío en que los contenidos de la curricula educativa que se enseña a mis hijos no sea modificada cada mes por el Ministerio de Educación.

Mas, la exigencia de seguridad no sólo es condición de posibilidad de la economía de mercado, también lo es de la vigencia normativa y efectividad del obrar estatal en los denominados derechos prestacionales. Expresado de otra forma: es lógica y categorialmente posible vincular la certeza jurídica con los derechos que garantizan la satisfacción de necesidades que comprometen la dignidad de las personas.

V Derechos y necesidades

1 Nuestros manuales nos plantean el sistema jurídico como un *sistema de derechos*. Los viejos derechos naturales subjetivos del individuo, propios del derecho natural racional moderno, tendrán su reflejo en el claro predominio que se reconoció al derecho privado sobre el derecho público. La distinción de Ulpiano entre el *ius publicum* y el *ius privatum*²⁵ aceptada por las Instituciones de Justiniano

²³ Sobre el tema, véase de J. Alberto Del Real Alcalá: "Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el derecho", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, n° 117, septiembre-diciembre de 2006, p. 755-775.

²⁴ Max Weber, "Economía y Sociedad", FCE, 1997, p. 53, 731 y ss, y otras. Weber expresa: "Resolución 'objetiva' significa, en primer lugar, resolución 'sin acepción de personas', según reglas previsibles. (...) Pero el segundo elemento, 'reglas previsibles', tiene en la burocracia moderna significación predominante. La peculiaridad de la cultura moderna, especialmente su subestructura técnico-económica, exige esta 'previsibilidad' o calculabilidad del resultado..." (p. 732).

²⁵ "publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem", tomado de Gustav Radbruch, ob.cit en nota 22, p. 91.

reaparecerá, tras la penumbra a la fue sometida durante el medioevo,²⁶ con un nuevo sentido para consolidar el papel predominante de la burguesía.²⁷ El derecho privado será el derecho natural por excelencia y el pacto social característico del derecho público estará moldeado sobre la idea del contrato.²⁸ Además, como lo señala Radbruch “es una penetración del Derecho privado en el campo del Derecho público el que el Estado sea concebido, en sus funciones jurídicas públicas, como sujeto de derecho, como personalidad (estatal), haciendo posible así, y solamente así, la idea jurídica de los derechos públicos subjetivos de los individuos contra el Estado y de éste contra los individuos.”²⁹

Si el liberalismo fue, en este terreno, la lucha por la supremacía del derecho privado sobre el derecho público, la Revolución francesa cumplió el mandato soberano de entronizar, en el lugar que dejó vacante el monarca absoluto, la propiedad absoluta y las libertades absolutas.

El *sujeto* que la revolución liberal tiene en cuenta parte de una concepción individualista del hombre que se entroniza en la categoría de *persona*. Bajo su abstracción “se equilibran y nivelan todas las diferencias existentes entre los hombres: es persona, para los efectos jurídicos, así el rico como el pobre, lo mismo el débil individuo que la gigantesca persona colectiva. En el concepto de persona se cifran la igualdad jurídica, la libertad de ser propietario, igual para todos, y la libertad igual de contratación”.³⁰

²⁶ “La Edad Media no la conocía, como no sabía tampoco que en todo orden jurídico tienen necesariamente que coexistir el derecho público y el derecho privado”, Gustav Radbruch, ob. cit., p. 90.

²⁷ “Dos conocidos fragmentos del Corpus iuris (Instituciones, I, 1, 4; Digesto, I, I, 1, 2), acerca de la distribución entre Derecho público (lo que se refiere a la condición del Estado romano) y Derecho privado (lo que atañe a la utilidad del individuo), representaron la entrada en escena del par conceptual más importante, con mucho, del pensamiento político y jurídico en los siglos que han venido después. Y es que, en efecto, de él cuelgan — o con él coinciden, más o menos exactamente — otros muchos pares de cosas: en las fuentes del ordenamiento, la ley y el contrato; o, en la filosofía alemana desde Hegel, el Estado y la sociedad {1}. Pero también: la política y la economía; lo general y lo particular; el “imperium” y el “dominium”; lo vertical y lo horizontal; la brida y la libertad; la publicidad y el secreto (“privacy”); la izquierda y la derecha; la generosidad y la mezquindad; el altruismo y el egoísmo; el socialismo y el liberalismo; la planificación y el mercado, por supuesto; y, en fin, en la modestia propia del Derecho Administrativo, la concesión y la autorización; la circular y el reglamento; o las relaciones especiales de sujeción y las generales. No es de extrañar por ello que Norberto Bobbio haya hablado de lo público y lo privado como “la gran dicotomía”, en cuanto idónea para: “a) dividir un universo en dos esferas, conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que todos los entes de ese universo quedan incluidos en ellas sin excluir a ninguno, y recíprocamente exclusivas, en el sentido de que un ente comprendido en la primera no puede ser al mismo tiempo comprendido en la segunda; b) establecer una división que al mismo tiempo es total, en cuanto todos los entes a los que actual o potencialmente se refiere la disciplina deben entrar en ella, y principal, en cuanto tiende a hacer coincidir en ella otras dicotomías que se vuelven secundarias con respecto a ella. En el lenguaje jurídico la preeminencia de la distinción entre Derecho privado y Derecho público sobre las demás distinciones, la constancia del uso en las diferentes épocas históricas, su fuerza inclusive han sido tales, que han llevado a un filósofo del derecho de orientación neokantiana — Radbruch — a considerar los conceptos de Derecho privado y Derecho público incluso como dos categorías a priori del pensamiento jurídico”, Norberto Bobbio, *La gran dicotomía: público/privado, dentro de Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 11 y 12; transcripción por Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, ob. cit. en nota 18.

²⁸ Giorgio del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, corregida, aumentada y revisada por Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1969, p. 521

²⁹ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 92.

³⁰ Gustav Radbruch, ob. cit. p. 160.

2 Mas, el ejercicio de las libertades económicas de la burguesía fue construyendo un orden social notoriamente envilecido que afectaba las condiciones de vida digna de los sectores menos favorecidos, la libertad y la propiedad se constituyeron en fuente de un poder privado desmesurado.³¹ Es que la libertad de ser propietario y la de contratar en manos de los sujetos económicamente más fuertes se convierte en la libertad para disponer de las cosas y de otros hombres, ya que quien detenta los medios de producción tiene el poder de mando sobre los trabajadores: “la libertad de contratar asociada a la libertad para ser propietario, es, traducida en la realidad social, la libertad del socialmente poderoso para dictar sus ordenes al socialmente impotente, la necesidad de éste de someterse a las ordenes de aquél. Por donde la libertad de la propiedad, combinada con la libertad contractual, forma, sobre la base del concepto formal de igualdad de la persona, el fundamento jurídico del capitalismo y, por tanto, de la desigualdad efectiva o material”.³²

La crítica de la Escuela de Frankfurt, y en particular de W. Benjamin a la democracia liberal parlamentaria puso en evidencia, en palabras de Lovisolo, que “la matriz de todas las instituciones liberales es la relación contractual libre de tipo salarial y en el corazón del contrato salarial está la violencia. La prehistoria del contrato es la confiscación y el robo a los productores independientes”.³³

Esas libertades, constitutivas del poder privado del sujeto del relato jurídico individualista, tuvo por respuesta las encarnizadas luchas que permitieron a la clase obrera conquistar derechos de otras características, desconocidas para la concepción liberal del derechos, ya que su correlato no era la prohibición de lesionarlos o el deber de abstenerse frente a ellos, sino una prestación para satisfacer una necesidad económica, cultural, laboral, sanitaria, etc. Y aunque las luchas no siempre tuvieron éxito en la obtención de los productos reclamados (recuérdese ahora la canción infantil: “aserrín, aserrán, los maderos de San Juan, piden pan, no les dan, piden queso, les dan hueso y les cortan el pescuezo), obtuvieron, sí, derechos: “la gente ha luchado y ha sufrido por conseguirlos y sufre aún por defenderlos. O, mejor dicho, ha sufrido y ha luchado por lo que en *el relato político del capitalismo* se trastoca en *derechos*: en realidad a luchado por la democratización política, contra la opresión y la desigualdad, para poder expresarse sin ser perseguida, para poner sus fuerzas en común con otros; y para tener

³¹ Luigi Ferrajoli: “las libertades están destinadas por su naturaleza a convivir y cada vez que una libertad atenta contra la libertad de los demás quiere decir que se ha convertido en un poder.”, en “Derecho y Razón”, p. 932, Trotta, 1997.

³² Gustav Radbruch, ob. cit., p. 160.

³³ Jorge Lovisolo, Alarmas, en la revista Pensamiento de los confines, n° 12, 2003, ed. Diótina, p.171, nota 22, en la que cita a Walter Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, p.179.

el pan asegurado (...) Y ha conseguido *derechos*. Que no es exactamente aquello por lo que luchaban: no es lo mismo *tener derecho al trabajo* que *tener un puesto de trabajo*... Lo primero no supone lo segundo”³⁴ ya que la eficacia de tales derechos está condicionada a la formulación que se les dé (derechos subjetivos o derechos programáticos)³⁵ y al reconocimiento que se tenga o se niegue al valor jurídico de la norma constitucional que los recoge.³⁶ Y aún más: a la receptabilidad que los actores políticos tengan respecto de esas necesidades.

3 Este juego de magia por que el derecho oculta (pero no elimina) la necesidad que le antecede, permite pensar en el sistema jurídico como un *sistema de necesidades*. La idea no es nueva y tributa en la filosofía del derecho de Hegel,³⁷ quien afirmaba: “En el *sistema de las necesidades* la subsistencia y el bienestar de cada uno es una *posibilidad*, cuya actualidad (*Wirklichkeit*) está condicionada por su arbitrio y su particularidad natural así como por el sistema objetivo de las necesidades; mediante la administración de justicia se anula la *lesión* de la propiedad y la personalidad. Pero el *efectivo derecho de la particularidad* implica tanto que se elimina lo accidental que se opone a uno y otro fin, lo que tiene como consecuencia la total *seguridad* de la *persona* y la *propiedad*, como que se *asegure* la subsistencia y el bienestar del individuo, es decir, que el *bienestar particular* sea tratado como *derecho y realizado*”.³⁸

Desde esta perspectiva, y con expresa mención de Hegel, partidarios del Movimiento de Estudios Críticos Del Derecho (CLS) al considerar el lugar que ocupan las necesidades en la formación de una adecuada teoría de los derechos

³⁴ Juan Ramón Capella, Los ciudadanos ciegos, en Los ciudadanos ciegos, Trotta, p. 140.

³⁵ Agustín A. Gordillo, Teoría General del Derecho Administrativo, p. 65, IEAL, 1984.

³⁶ En sentido adverso al carácter operativo de los derechos constitucionalmente reconocidos, Maurice Hauriou afirmaba que: “Las declaraciones de derechos no han enunciado más que el principio de cada uno de los derechos individuales, y no pueden, por eso introducir, por sí solas, tales derechos en la legislación. Es necesario que, a continuación, se organice cada derecho individual, es decir que las condiciones y los límites en los cuales pueda ejercitarse sean determinados por una ley orgánica”; “La determinación de cada uno de los derechos individuales que figuran en las Declaraciones se ha hecho, pues, en dos tiempos: 1º, determinación de la existencia del derecho, concebido, como principio, en la Declaración; 2º, determinación de los límites del derecho por una ley orgánica”. Al explicar el valor jurídico de las Declaraciones constitucionales de derechos Hauriou expresa: “En primer lugar, han reportado la considerable utilidad moral de ser un acto de fe en el orden individualista (...). En segundo término, han poseído un valor jurídico, no sólo como declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de los derechos individuales, sino como compromiso con que el Estado se obliga a dictar las leyes orgánicas necesarias” (con cursiva en el texto original; aut. cit. Derecho Público y Constitucional, p. 98-99; el ejemplar consultado carece de los datos del “pié de imprenta”).

³⁷ Georg W. F. Hegel, “Fundamentos de la Filosofía del Derecho”, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1987. Ver, en particular, párrafos 189 a 208 “El sistema de las necesidades”, inserto en la tercera parte, segunda sección “La Sociedad civil”. Previamente, Hegel expone que la sociedad civil “contiene estos tres momentos: A. La mediación de las necesidades y la satisfacción del individuo mediante su trabajo y a través del trabajo y la satisfacción de necesidades de todos los demás: el sistema de las necesidades./ B. La realidad de lo universal de la libertad, la protección de la propiedad por la administración de justicia. /C. La prevención contra la contingencia que subsiste en esos sistemas y el cuidado de los intereses particulares como algo común por medio del poder de policía (polizei) y la corporación.” (párrafo 188).

³⁸ Aut. y ob. citados en nota anterior, párrafo 230.

han afirmado que “sí parece haber razones pragmáticas para pensar que actualmente lo mejor que podríamos hacer es abandonar la retórica de los derechos. Las personas necesitan alimentos y resguardo ahora mismo y, según me parece, contamos con mayores chances de tener éxito exigiendo que esas necesidades sean satisfechas que alegando que los derechos existentes al alimento y al resguardo deben cumplirse”.³⁹

En suma: el sistema de necesidades articula la persona con el Estado, exige al Estado la atención de las condiciones esenciales para la vida digna, y encomienda al Derecho público en general, y al Derecho administrativo en particular, la concreción de las acciones tendientes a satisfacer las demandas del sistema de necesidades.

4 El art. 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establecía que la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre es la “finalidad de toda asociación política”, poniendo de resalto que el programa de la Modernidad consistió en otorgar prioridad lógica y axiológica al individuo sobre la comunidad, y a la identidad individual sobre la identidad colectiva.

En un artículo que publiqué hace unos años⁴⁰ sostuve, siguiendo la opinión de Carlos Grecco, que en la reelaboración de la teoría de los servicios públicos post privatizaciones, no debía abandonarse una noción que proviene del andamiaje teórico del Estado Benefactor: la *procura existencial*, ya que las necesidades individuales y sociales que dieron lugar a la intervención del Estado en la economía no desaparecieron con la proclamada extinción del estado de bienestar. Aunque de acuerdo al discurso neoliberal los actores sociales deben proveerse la satisfacción de tales necesidades en un mercado atendido por empresarios que recelan de la custodia estatal, la realidad de nuestro país es que el mercado y la sociedad no se superponen. Construir un mercado eficiente es algo diferente de constituir una sociedad no excluyente y una Nación integrada.

En la Argentina, un 10% de su población de 37.000.000 de habitantes — cuanto menos — se encuentra desocupada, más de 1.000.000 de personas reciben los planes jefes y jefas de hogar desocupados (¡y por ende la estadística no los considera desocupados!) y existe otro porcentaje significativo de personas subocupadas según estadísticas oficiales. ¿Puede seriamente sostenerse que esos

³⁹ Marl Tushnet, “An Essay on Rights”, *Texas Law Review*, 62 (1984), citado por Jeremy Waldron, “El rol de los derechos en el razonamiento práctico: ‘derechos’ contra ‘necesidades’”, publicado en la página web de la Universidad Torcuato Di Tella.

⁴⁰ José Luis Said, “La influencia de las privatizaciones en la teoría de los servicios públicos, en la experiencia argentina”, en *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Ano 2, n. 8, ed. Juruá e Instituto Paranaense de Direito Administrativo, Curitiba, Brasil, 2002, p. 37-46.

millones de seres humanos concurrirán al mercado a satisfacer sus necesidades existenciales?. Con claridad Porto Macedo señala “La llegada del *Welfare State* señaló claramente la insuficiencia de los principios liberales de mercado para alcanzar el ideal de justicia distributiva e igualdad sustantiva”.⁴¹

Si se advierte que varios millones de personas no cuentan con el dinero necesario para satisfacer sus necesidades en el mercado, debe mantenerse el planteo de Forsthoff⁴² quien entendía a la Administración Pública como servidora de la “asistencia vital” (*daseinvorsorge*) que el Estado debe prestar a las personas.

En mi país, la empresa pública cumplió una función *asistencialista* y *redistributiva* de la riqueza, que fue dejada de lado al establecerse la privatización de las prestación de los servicios públicos y otras actividades mediante las técnicas de habilitación de gestión privada y lucrativa de tales servicios y actividades.⁴³

5 El profesor Norberto Bobbio ha puesto de resalto que la igualdad en la satisfacción de las necesidades básicas hizo aparecer una función nueva para la teoría del derecho, junto a las tradicionales de represión y garantía, la función de *promoción*. De tal forma, los operadores jurídicos deben disponerse a dar eficacia y hacer realidad las exigencias de justicia.⁴⁴

6 La nueva orientación que los operadores del mercado impusieron a los Estados para la armonización de los sistemas jurídicos nacionales en un sistema de “derecho global” que resultara útil a sus inversiones, generó una tensión entre el ordenamiento jurídico de la economía y el ordenamiento jurídico de los derechos humanos. Al respecto, C. A. Sundfeld expresó que en la medida que la globalización económica se dirija a confrontar con los derechos humanos, por pretender una desregulación que conlleve la afectación de derechos sociales, el derecho internacional de los DDHH que los protege puede surgir como barrera a las reformas constitucionales (y legales, agrego por mi parte) destinadas a imponer esa “desregulación”.⁴⁵

7 En atención a lo que expresado en este punto, retomo la pregunta que formulé en el párrafo II, y la reformulo del siguiente modo: *¿la modernización, la flexibilización y la desregulación garantizan la seguridad jurídica de la satisfacción de las necesidades de los sectores sociales más débiles? ¿Tenemos certeza en que las leyes, la*

⁴¹ Ronaldo Porto Macedo Jr., ob. cit. en nota 13, p. 16.

⁴² E. Forsthoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, IEP, Madrid 1958.

⁴³ Con toda claridad en cuanto al sentido del cambio impuesto a la acción estatal y su abandono de las exigencias de la justicia distributiva, Rodolfo Barra expresó: “desregular es devolver la actividad a la plenitud del mercado, a la plenitud de la justicia conmutativa”, citado por Alberto M. Sanchez en “Intervención estatal, desregulación y subsidiariedad”, en Revista de Derecho Administrativo, Depalma, n° 18, p. 100 (sin destacar en el original).

⁴⁴ Norberto Bobbio, “Igualdad y Libertad”, Ed. Paidós-ICE/UAB, España, 1993.

⁴⁵ Carlos Ari Sundfeld, “A Administracao Pública na era do direito global”, en Carlos Ari Sundfeld-Oscar Vilhena Vieira “Direito Global”, Max Limonad, Brasil, 1999, p. 158, nota 1.

Administración y el Poder Judicial tendrán en cuenta las necesidades y decidirán (asignarán) lo pertinente para satisfacerlas?

VI Modernidad y modernización

I En sus estudios sobre la Modernidad, J. Habermas expresa que la racionalización del mundo fue minando las formas clásicas de legitimación. Acabada la posibilidad de dotar de legitimación a las estructuras políticas por la tradición o la religión y puestas en crisis las ciencias, el filósofo alemán considera que es oportuno que la sociedad se reapropie de la discusión sobre los fines y la estructura de la organización social.⁴⁶

El diagnóstico y la propuesta auspiciosa de Habermas no parece haberse cumplido en nuestra tristes tierras. No porque el Estado no estuviera en crisis, deslegitimado y en retroceso y ello abriera el espacio para un avance de la sociedad, sino porque la recreación o fortalecimiento de la forma “mercado”, de los mercados, ocurrida durante los años 90 no puede confundirse — ingenua o interesadamente — con un predominio de la sociedad civil sobre el Estado. La sociedad civil es, cuanto más, un conjunto de grupos con intereses diversos, y la “batalla” contra el Estado otorgó preeminencia a ciertos grupos en el interior de aquélla.

La intervención estatal que tanto han criticado los teóricos del neoliberalismo tuvo entre sus finalidades efectuar cierto grado de nivelación entre los distintos sectores sociales (efecto redistributivo de algunas políticas públicas). La retirada del Estado afectó directamente a los sectores sociales más débiles ya que ellos carecen de la fuerza suficiente para hacer valer sus intereses en el contexto de una relación estrictamente económica, impuesta por el mercado. En este sentido se ha señalado que “la reapropiación por parte del ‘mercado’ de tareas realizadas por el Estado supone un reacomodamiento de las relaciones de fuerzas sociales de importante magnitud”.⁴⁷

De tal manera, la *naturalización* de los mercados supera la pragmática de los negocios para constituir un discurso político e ideológico, cuyo carácter es negado por su partidarios.⁴⁸

⁴⁶ Jürgen Habermas, “Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”, Amorrortu Editores, 1995. Del mismo autor “Modernidad, un proyecto incompleto”, en “El debate modernidad posmodernidad”, Ed. El cielo por asalto, 1993. Una adecuada exposición del pensamiento de Habermas puede consultarse en Roberto A. Follari “Modernidad y posmodernidad: una óptica desde América Latina”, Capítulo I “Modernidad, posmodernidad, modernización, modernismo”, IEAS-Rej, 1992.

⁴⁷ Mabel Thwaites Rey, ob. cit. en nota 3.

⁴⁸ En ese sentido puede consultarse de Héctor Mairal “La ideología del servicio público”, Revista de Derecho Administrativo, Depalma, año 5, n° 14. Intenté demostrar el carácter profundamente ideológico de su crítica en el artículo “Aportes metodológico y epistemológico al debate sobre la titularidad de los servicios públicos”, Actualidad en Derecho Público, 2° año, n° 5, SCS editores

Con claridad enseña Juan Ramón Capella⁴⁹ que el mercado y la solidaridad son formas que compiten por la legitimidad de la distribución del producto económico. La instalación del mercado como el principal asignador de recursos, en detrimento de la definición estatal, fue presentada como el mecanismo más genuino y legítimo, que devolvía el poder a la sociedad frente a un estado depredador.

2 La exigencia de “modernizar” el sistema (economía y Estado), hace referencia al proceso por el cual es posible alcanzar los estadios más altos de la Modernidad; es decir, apunta a llegar a los grados más elevados de la racionalización científico y tecnológica que caracterizó a la Modernidad en los países centrales. El término “modernización” esta ligado a procesos económicos, sociales y culturales relativamente recientes (desde una perspectiva histórica) y por ello está presente en el debate político contemporáneo relativo al modelo de sociedad y de Estado que deberíamos construir.⁵⁰

No es extraño, entonces, que el Derecho Administrativo, herramienta fundamental para dotar de legalidad y legitimidad al obrar del Estado, cualquiera que sean las funciones y fines que él asuma cumplir y perseguir, fuera objeto de consideración en el programa modernizador y que sus doctrinarios tomaran parte en la discusión y, algunos de ellos, en la propia gestión administrativa.

Con corrección se ha señalado que “En tanto el capitalismo es un modo específico de organización social de la producción y reproducción material, que tiene requisitos históricos y formas de desarrollo definidos, el estado tiene un papel esencial en garantizarlos, por lo que su estructura institucional y sus modos de intervención se transforman a medida que cambian las formas de acumulación de capital. Pero no se trata de una reproducción económica en sentido restringido, sino que involucra el conjunto de la vida social. En tal sentido, puede interpretarse que el proceso de reforma estatal encarado en la Argentina se ha orientado a tornar funcionales las estructuras estatales para las nuevas formas de acumulación exigidas por la reestructuración del capital global, en el contexto de una correlación de fuerzas claramente desfavorable a las clases subalternas. El viejo andamiaje, asociado a un modelo de acumulación en estado de crisis terminal, ya no era funcional a los requerimientos de valorización y circulación capitalista pre-valetientes. De ahí que apareciera como necesaria para el capital, en beneficio de sus intereses estratégicos, una transformación profunda de las múltiples redes que atan la relación estado/sociedad en la que se imbrican asimétricamente las distintas clases y sectores sociales”.⁵¹

⁴⁹ Juan Ramón Capella, ob. cit. en nota 34.

⁵⁰ R.A.Follari, ob. cit. en nota 46.

⁵¹ Mabel Thwaites Rey, ob. cit. en nota 3.

3 Dejo abierto, entonces, otro interrogante: *¿es posible que la seguridad jurídica se afiance por el mayor desarrollo científico y tecnológico del Estado? Si así fuera ¿Seguridad para qué y para quién?*

VII Flexibilidad

1 Existe una relación directa entre la teoría de los contratos privados y las formas de producción en las distintas etapas del capitalismo, como ha sido puesto de manifiesto en nuestro medio por Porto Macedo Jr.⁵² Creo que varias de las consideraciones y reflexiones que efectúa deberían ser tenidas en cuenta en la consideración de los contratos administrativos.

Los contratos relacionales (gran parte de los contratos administrativos pueden catalogarse así) más que un edicto de derechos y obligaciones o un catálogo de prestaciones y contraprestaciones, establecen una *finalidad* y un *procedimiento* para su concreción a lo largo del tiempo, en atención a las variaciones que el desarrollo tecnológico puede imponer a las formas de producción y al producto mismo; variabilidad que no es extraña a las formas en que la Administración debe satisfacer ciertos cometidos (v. gr. atención de necesidades mediante prestaciones suyas o de terceros). De tal forma, los dogmas de “inmutabilidad del contrato” o del “contrato como ley de las partes”, adquieren una nueva significación, si quiere reconocérseles alguna finalidad en la dogmática jurídica de los contratos.

Es claro que la flexibilidad en la forma contractual no puede descalificarse. La necesidad de su mutabilidad ha sido conveniente explicitada por el profesor Celso Antonio Bandeira de Mello.⁵³ Flexibilidad que, en el derecho argentino (y en el derecho derivado del sistema administrativo francés) ya se encontraba recogida mediante la alocución “*ius variandi*”. No se trata entonces de una categoría nueva sino de su implementación generalizada y de su postulación como principio para la eficiencia de la gestión administrativa.

2 El proceso de reforma del Estado en la Argentina no ha escapado a la aplicación de este criterio, bien que por razones muy alejadas de las que refiere Porto Macedo.

En efecto, otro aspecto significativo del proceso privatizador es que no se garantizó que previamente quedara establecida una regulación efectiva, porque se partió del criterio de establecer contratos casi formales, para luego negociar sobre la marcha las condiciones de funcionamiento de cada sector privatizado.⁵⁴

⁵² Ronaldo Porto Macedo Jr., ob. cit.

⁵³ Por todos: Celso A. Bandeira de Mello, *Curso de Derecho Administrativo*, primera edición en español, Edit. Porrúa-Edit. UNAM, México 2006, p. 648-649.

⁵⁴ Juan M. de La Cuétara Martínez, “El nuevo modelo de regulación para la competencia”, en “Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 3 (1999) – Privatización y Liberalización de

La ausencia de un marco regulatorio e incluso de conformación e integración de los entes de control y regulación en forma previa a la celebración de los contratos con las empresas y al traspaso de los servicios, trajo aparejado como principal consecuencia que las empresas utilicen el argumento de la *seguridad jurídica* y de los *derechos adquiridos* para preservar aquello del contrato que les resulta conveniente y el de la *flexibilidad* para requerir modificaciones a su favor, más allá de la letra de los contratos. Se ha sostenido que “Prácticamente el conjunto de los contratos han sido modificados de manera sustantiva, **lo que hubieran ameritado el llamado a nuevas licitaciones**. La base de todas las renegociaciones ha sido canjear mejoras en los servicios a cambio de mayores plazos de duración contractual y, sobre todo, a costa de las tarifas que deben pagar los usuarios. La constante es que las inversiones se realicen en función de lo que previamente las empresas recauden de los usuarios vía incrementos tarifarios, eliminando todo riesgo empresario”.⁵⁵

3 La aceptación del criterio de flexibilización pone en cuestión las bases constitucionales de la contratación pública a las que debe sujetarse la actuación administrativa: a) la igualdad de los participantes en los procesos de contratación; b) los aspectos referidos a la Ética Pública de los funcionarios y de los particulares contratantes; c) la eficacia de los mecanismos y organismos de control; d) el siempre vigente problema de los límites del control de la discrecionalidad; y e) los derechos constitucionales (artículo 42, Constitución de la Nación Argentina) de los usuarios de los servicios públicos.

Es claro que, además, la decisión de flexibilizar el contenido de los contratos otorga a los funcionarios un enorme poder discrecional para ir modificando los vacíos contractuales, cuestión cuya peligrosidad sólo puedo dejar apuntada en esta oportunidad.

4 Singularmente grave ha sido la aplicación de la flexibilidad en el ámbito del empleo o función pública. La precarización y laboralización de la relación de empleo público adquirió dimensiones tan significativas que la exigencia constitucional de “estabilidad” en el empleo público⁵⁶ se encuentra gravemente postergada.

Para ello se han adoptado variadas formas de incorporación de servidores públicos sin estabilidad (pasantías, contratos de locación de servicio, contratos de

servicios”, ed. a cargo de Gaspar Ariño Ortiz, afirma: “La regulación de mercados emergentes idealmente debería estar preconfigurada antes de la ruptura del monopolio, de forma que todos los aspirantes a entrar en el nuevo mercado (en muchos casos, inversores extranjeros) tuvieran seguridad sobre la posición jurídica en la cual les corresponderá competir. L} En la práctica esto muchas veces no sucede, y la regulación se aprueba ‘sobre la marcha’.” (p. 130)

⁵⁵ Mabel Thwaites Rey, ob. cit. en nota 3.

⁵⁶ art. 14 bis, Constitución de la Nación Argentina: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) estabilidad del empleado público;...”

locación de obra, contratos a término, etcétera) que resultan incompatibles con el carácter permanente de las funciones que desempeñan. No menos dramática fue la flexibilización de los contratos de trabajo privado, bajo formas que han sido denominadas, en su conjunto, como “contratos basura”.

VIII Desregulación

1 La matriz conceptual de la *desregulación* es la *privatización* de actividades que se convirtieron en públicas o que nacieron como tales. Desregulación que conlleva la disminución o supresión de la *publicación* de las actividades para ampliar el ámbito de actuación de la iniciativa privada, sea incorporándose en una actividad hasta entonces vedada, sea disminuyendo la intensidad de la reglamentación y actuación de la estructura administrativa dirigida a la planificación, control y sanción de la actuación privada en la prestación de ciertos servicios, y a la protección de los usuarios.

En verdad, la expresión desregulación evoca más que lo que expresa, y su interpretación gramatical es engañosa ya que todo ordenamiento jurídico es, necesariamente, un orden de regulaciones. Algunas de ellas no son imperativas y otras sí ya que se vinculan con el orden público y tienden a la protección directa e inmediata del bienestar general.

Con el término *desregulación* se alude al “proceso de eliminación o reducción de regulaciones jurídicas imperativas por parte de los Poderes públicos (...) en muchos procesos de privatización y de despublicación no hay, propiamente hablando, desregulación o sólo la hay parcial. Sí puede que haya un cambio en la regulación, y cabría hablar en tal sentido de neoregulación o de reregulación. (...) En los últimos años ha habido cierta desregulación en muchos sectores, pero ha sido más importante la neoregulación”.⁵⁷ En verdad, la llamada *desregulación* de los mercados encubre una re-regulación de ellos, pero con características muy disímiles a las precedentes.

2 Aunque, según lo expresé, desregulación y privatización constituyen un par de conceptos ideológicamente vinculados en la propuesta liberal de reforma del Estado y la sociedad, aun quienes comparten dicha propuesta han advertido que “la desregulación es una enorme oportunidad para aumentar la capacidad productiva y para aumentar la libertad humana pero no debería permitírsele que se desarrolle en un mecanismo para la concentración de la riqueza en manos privadas y para una mayor ulterior opresión de los más débiles en cualquier sociedad en particular”.⁵⁸ En atención a ese riesgo, Paulo Roberto Ferreira Motta

⁵⁷ J.L. Martínez López Muñiz, “Nuevo sistema conceptual” en “Anuario...” cit. en nota 54, p. 137.

⁵⁸ conferencia de Burt Neuborne en “Privatización – Desregulación – Primer Seminario Internacional”, Ed. Ciencias de la Administración, 1989, p. 91.

ha señalado la necesidad de que el Estado al privatizar una actividad la regule fuertemente. Así expresa: “La diferencia — entre privatización y regulación — no es meramente semántica, es que asume importancia capital para el derecho: actividades antes desempeñadas por el Estado eran frágilmente reguladas, por la elemental razón que el Estado difícilmente regula, restringe, limita sus propias actividades. Cuando privatiza, terceriza, concede, delega, autoriza, desregula, en fin, otorga jurídicamente el ejercicio de una actividad de interés público a un determinado particular, el ente estatal se ve en la contingencia de normar fuertemente el ejercicio de las actividades por los particulares para otros particulares, como forma de legitimarse por ante su población y de mantener la titularidad de la actividad en cuestión”.⁵⁹

Regulación que si bien coincide con el *poder de policía* en que ambos actúan sobre actores privados; su singularidad está dada en que aquella se aplica en sectores cuya trascendencia social hace que su evolución y desarrollo no pueda ser ajeno a la actividad de los poderes públicos. En estos sectores, las simples reglas de policía y la acción desde el exterior de la actividad que la caracteriza es insuficiente. Por ende, la técnica regulatoria aplica controles internos a la actividad de que se trate, normalmente a través de una autoridad reguladora especializada.⁶⁰

3 El fenómeno desregulatorio no se dirigió sólo a permitir la incorporación de los actores privados a las actividades de servicios públicos. Se pretendió también disminuir los estándares de protección del medio ambiente, de la seguridad en el trabajo, de la previsión social, etcétera. En una publicación de la Asociación de Bancos de la República Argentina, que data de 1991, denominada eufóricamente “El Redescubrimiento del Mercado – La nueva América/La nueva Europa”, en la que se registran las conferencias de las 3ras. Jornadas Bancarias de la República Argentina, uno de sus expositores puso de manifiesto algunos de los límites del mercado y denunció: “4) *la transferencia de contaminación a los países pobres*: En diciembre del año pasado [1990] el Sr. Lawrence Summers, vicepresidente y economista jefe del Banco Mundial, envió un memorandum interno a algunos de sus colegas de la entidad solicitándoles confidencialmente su opinión acerca de *si el Banco debería propiciar una mayor emigración de las industrias ‘sucias’, o contaminantes, desde los países ricos hacia los más pobres*. Son varios los argumentos que el autor señala a favor de esta política. Basta mencionar el principal: *La medida de los daños que la contaminación origina depende de las ganancias que se pierden en razón del aumento de la morbilidad y de la mortalidad*. Por consiguiente esas pérdidas son menores en los países que tienen salarios más bajos, lo que justificaría

⁵⁹ Paulo R. Ferreira Motta “Agências Reguladoras”, Ed. Manole, 2003, p. 51/52.

⁶⁰ J.L. Martínez López Muñoz, ob. cit. en nota 57, p. 126.

económicamente la transferencia. El Sr. Summers reconoce que su propuesta (que perjudicaría a países menos desarrollados) *puede tropezar con objeciones morales o sociales. Pero insiste en que la lógica económica que impulsa a descargar desperdicios tóxicos en los países de menores salarios 'es impecable' y deberíamos afrontarla*.⁶¹ La situación no ha cambiado en los quince años transcurridos.

En una reciente conferencia brindada por el presidente del Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Luis Lorenzetti expresaba que en el mercado internacional de leyes se ofrecen aquellas que garantizan inversiones a cambio de la disminución de los niveles de protección medio ambientales y sociales. En otros términos, nuevas regulaciones o desregulaciones que minimicen las pérdidas por la indemnización de los daños que ocasionen las empresas, como condición para la inversión extranjera.

IX Colofón

1 La premisa ideológica sobre la que se estructuró la reforma del Estado y las técnicas aplicadas (modernización, flexibilización, desregulación) puede cifrarse en la expresión **MENOS ESTADO**.

Menos Estado quiere decir **MENOS DERECHO** y menos derecho es igual a **MENOS GARANTÍAS** y por ende **MENOS ESTADO SOCIAL DE DERECHO**.

Si lo característico de esta forma del Estado constitucional es la satisfacción de las condiciones que permitan la vida digna de las personas, **MENOS ESTADO** es, lisa y llanamente **MENOS SEGURIDAD JURÍDICA PARA LA ATENCIÓN DE LAS NECESIDADES**.

2 Creo que en mi país la Reforma del Estado y la “vuelta al mercado” tuvo en miras resolver problemas vinculados con el déficit de las cuentas públicas y el endeudamiento externo e interno. Las técnicas administrativas utilizadas dotaron de mayores ventajas a los inversores y empresas y debilitaron la situación de los sectores sociales más débiles y numerosos.

Por ello, los medios utilizados (mencionados en el título de este panel) *no tuvieron en cuenta la protección del sistema de necesidades, y por ende no contribuyeron a dotar de mayor seguridad jurídica a los derechos prestacionales reconocidos por nuestra Constitución y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

Abstract: The ideology of the state reform in Argentina and the techniques applied (modernization, flexibility, deregulation) is summarized in the phrase “less government”, which translates into “less law”, “fewer guarantees”, “less

⁶¹ Carlos Moyano Llerena, “El mercado: sus leyes y sus límites”, en la obra citada en el texto, p. 79 (sin grifos en el original).

government Social Law”. The “Reform of the State” and “return to the market” in Argentina was in order to resolve problems associated with the deficit of public finances and the external and internal debt. Administrative techniques used gave greater benefits to investors and companies and weakened the position of the most disadvantaged sectors of society. No account was taken of the protection system needs, and therefore did not contribute to giving greater certainty to benefit the rights recognized in our Constitution and International Law of Human Rights. The regulatory paradigm applied (economic regulation) should be displaced by the paradigm of “social regulation” to provide legal certainty and efficiency to the care system needs.

Keywords: Economic regulation and social regulation. Needs and rights. Legal certainty. State and market. Public utilities.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SAID, José Luis. Seguridad jurídica, derechos y necesidades. *A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 11-32, out./dez. 2008.