
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



2003

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E 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	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
Alice Gonzáles Borges	(<i>in memoriam</i>)
Carlos Ari Sundfeld	Marçal Justen Filho
Carlos Ayres Britto	Marcelo Figueiredo
Carlos Delpiazzi	Márcio Cammarosano
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Figueiredo
Clèmerson Merlin Clève	Odilón Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajarville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancanner
Luís Enrique Chase Plate	

Lúcia Valle Figueiredo

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br
Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./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

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros -
CRB 1545/MG - 6ª região
© Editora Fórum Ltda., 2003.
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra,
por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos
xerográficos, sem autorização expressa do editor.
Distribuída em todo o território nacional
Assinaturas e comercialização:
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar,
Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br
www.editoraforum.com.br

La Noción de “Constitución Económica” y las Transformaciones del Estado*

Sabino Cassese

Catedrático en Derecho Administrativo por la Universidad de Roma “La Sapienza”

1 Los tres significados de “constitución económica”

La expresión “constitución económica” es originaria de la cultura *iuspublicista* alemana posterior al primer conflicto mundial y puede ser entendida en tres sentidos.

En un primer sentido, la “constitución económica” puede ser entendida como fórmula condensadora de las normas de la Constitución en sentido formal sobre las relaciones económicas y, por ende, en lo que respecta a la italiana, como fórmula breve para referirse a los arts. 41 y 43 de la Constitución, relativos a la empresa; 42 y 44, relativos a la propiedad, como así también a las normas especiales como, por ejemplo, aquellas relativas a la cooperación o al ahorro (arts. 45 y 47 de la Constitución).

En este primer sentido, “constitución económica” indica, más allá de las disposiciones estrictamente constitucionales, también las normas que, aun estando contenidas en leyes ordinarias, son, todavía, de relevancia constitucional. Siendo de particular importancia la ley del 10 de octubre de 1990, n° 287 (conocida como ley “antitrust”) y el dec. ley del 11 de julio de 1992, n° 333 (convertido por ley del 8 de agosto de 1992, n° 359), que

* Versión completa de la conferencia dictada por el Prof. Sabino Cassese en el marco de la Presentación de la “Carrera de Especialización en Derecho Administrativo” de la Universidad de Belgrano y la Universidad de Roma “La Sapienza”, en Buenos Aires, el 7 de abril de 2000. Traducción al español por el Prof. Juan M. González Moras.

Nota del traductor: La expresión “liberismo” es frecuentemente utilizada como sinónimo de la fórmula más compleja “liberalismo económico”, por oposición o, mejor, como categoría diferente al “liberalismo político”. De todas formas, y a los fines de ilustrar el alcance de la expresión “liberismo”, recordaremos lo sostenido por otro autor, quien afirma que: “... es el liberalismo económico, o liberismo, el que pone al mercado como espacio autónomo en el cual los sujetos pueden manifestar libremente sus comportamientos (económicos) individuales, confrontarse, expresar sus preferencias, realizar sus intereses, perseguir los objetivos por ellos elegidos, siguiendo la vía entendida como la más apta. El mercado, en esta figuración, es visto como ejemplo típico de un orden, autogenerante y espontáneo, de las acciones de los diversos sujetos, cada uno de los cuales persigue los propios fines en base a las propias condiciones, y que produce un adaptamiento recíproco de los planes individuales. La armonización de las acciones y de los fines individuales produciría la situación del mayor bienestar colectivo (...) Desde este punto de vista, el liberismo asume que un mercado sin restricciones implica más libertad. Tal libertad constituye el valor fundamental. El liberismo, por lo tanto, considera el libre mercado como una necesidad moral. La libertad es entendida en los términos de la consideración de los intereses de los sujetos valorados según el criterio de las ventajas recíprocas. El individuo, aquí, es visto como un sujeto que maximiza el autointerés bajo el vínculo racional de que también los otros sujetos maximizan el propio”. Conf. Pastore, Baldasar: “Quali fondamenti per il liberalismo? Identità, diritti, comunità politica”, en *Rivista Diritto e Società*, 1997, pp. 417/418.

dispuso la privatización de las mayores empresas públicas. Primer sentido de la noción de “constitución económica” al que se incorporarán también las disposiciones comunitarias, particularmente aquellas relativas a las cuatro libertades de circulación y las de la concurrencia.

La expresión puede entenderse en una segunda, y más amplia acepción, según la cual “constitución económica” es un conjunto de institutos que, aun siendo parte del Derecho, no pertenecen necesariamente a la constitución escrita.

Con este alcance, la expresión se remonta a la obra del mayor constitucionalista de la Inglaterra victoriana, Albert Venn Dicey. Este profesor en Oxford fue, hacia 1898, invitado a dictar algunas conferencias en Harvard, universidad que por aquellos años comenzaba a adquirir cierta importancia. Las conferencias serían publicadas en forma de libro, bajo el título de Derecho y opinión pública en la Inglaterra del siglo XIX.

El jurista exponía la tesis de un creciente intervencionismo, iniciado con las llamadas leyes para los pobres, bajo el influjo del “colectivismo”. Dicey registraría la mutación de aquello que él llamó *legislative public opinion*. Expresión difícilmente traducible que sin embargo indica, por un lado, las instituciones del Derecho positivo consagradas legislativamente y, por otro, el modo en que las leyes, conectándose unas con otras, forman parte de un único recorrido (que produciría el abandono del liberismo).

La contribución de A. V. Dicey es muy importante. Desde el punto de vista del método, Dicey muestra que el análisis de las relaciones entre el Estado y la economía no puede fundarse sólo sobre normas, sino que debe ir más allá, hacia aquello que los franceses llamarían el *mutar* del espíritu público. Además, Dicey fue el primero en señalar el fin del liberismo y el nacimiento del colectivismo en Inglaterra, el país donde por primera vez se había desarrollado la economía en sentido moderno, con la revolución industrial del 1700.

Éste, por lo tanto, constituye un nuevo significado de “constitución económica”: no sólo análisis de las normas constitucionales y de las leyes, sino también análisis de las mutaciones de la opinión pública

La última acepción de “constitución económica” es aquella que alarga la mirada hasta los aspectos administrativos. El estudio del Derecho no debe detenerse en la Constitución y la legislación, sino que debe también considerar, por ejemplo, a los reglamentos, evidenciando así el devenir entre Constitución en sentido formal, legislación y *praxis* aplicativa.

Este tercer significado de "constitución económica" no abraza solamente las normas constitucionales (primer significado), las leyes y la opinión pública (segundo significado), sino también un círculo más amplio, el "Derecho viviente".

2 Los métodos de estudio de la "constitución económica"

El estudio de la constitución económica ha sido desarrollado en tres modos diversos.

El primero es aquel típico del Derecho público de la economía, que estudia los actos administrativos y legislativos que inciden sobre la propiedad y la empresa. Método de estudio muy difundido en Francia y Alemania. El típico manual de Derecho público de la economía examinará, por ejemplo, las concesiones, las licencias de comercio, las programaciones, etcétera.

Por lo tanto, el primer método de estudio de esta materia parte de un acercamiento jurídico clásico, para estudiar las relaciones entre el Estado y los privados.

El segundo método es el del análisis de las políticas de sector. En este caso, la constitución económica es estudiada con técnicas (difundidas ya en todo el mundo, pero que han tenido origen en los Estados Unidos), que son conocidas bajo el nombre de policy análisis de las políticas. Con este análisis se estudia (habitualmente por sectores), al mismo tiempo, la orientación política y las leyes y los demás actos que son su manifestación.

El tercer método es aquel que analiza el gobierno de la economía, entendido como acción desarrollada por los poderes públicos sobre las que los economistas llaman "cantidades globales": ahorro, rédito, gasto, etc. Por ejemplo, si el gobernador de la Banca de Italia cambia la tasa de descuentos, cumple un acto que, en tanto tal, no es inherente a una singular, puntual relación jurídica. Al contrario, aquella decisión atañe a series abiertas de personas, en tanto cualquiera que tome prestado dinero tendrá interés en la determinación de la tasa de descuentos.

Resumiendo, la constitución económica puede ser estudiada en tres modos diversos. El primero es aquel tradicional, propio de los juristas que analizan el equilibrio establecido por la ley, en orden a cualquier bien o utilidad, entre autoridad y libertad, entre poder público y situación jurídica subjetiva privada, entre intervención estatal y propiedad o empresa (privadas). La segunda aproximación es aquella de las políticas sectoriales, propia de los estudiosos que intentan verificar las características de las

acciones estatales sector por sector. El tercer acercamiento es aquel que considera el gobierno de los agregados, o bien las políticas generales.

3 Las modificaciones de la “constitución económica”

El siglo XIX ha registrado el desarrollo del “colectivismo”, y por ende la extensión de la protección pública de los intereses de las clases trabajadoras, la restricción de la libertad contractual, la igualación de las ventajas, la preferencia por la acción colectiva. La primera mitad del siglo XX verá la sucesión de progresivas extensiones del sufragio, dos conflictos bélicos y una crisis mundial. Los primeros aumentarían la demanda colectiva de servicios públicos, especialmente a favor de las categorías desprotegidas. Los segundos darían un gran impulso a la intervención pública dirigida a la reconstrucción y a la reducción de los desequilibrios. La tercera impulsaría al Estado a aumentar la dimensión de las gestiones públicas directas y a intervenir, con programas y controles, en la economía privada. Todos estos eventos han causado un aumento del rol del Estado, llamado a suplir las debilidades del mercado, a reequilibrar, a dar seguridad.

A partir del último cuarto del siglo XX, esta tendencia parece invertirse. Lo que hace necesario examinar, aunque resumidamente, los nuevos desarrollos.

4 Las transformaciones del Estado

4.1 Del Estado a la Unión

En primer lugar, se registra una disminución del poder del Estado y una reducción del ámbito de autoridad estatal en la economía. Aunque esto adviene para beneficio de una autoridad superior, en la cual el Estado se integra. Para esto último se impone la Unión, hacia la cual se difieren muchas decisiones que alguna vez fueron del Estado, que, en cambio, deviene casi una terminal operativa de aquélla. La Unión adquiere el rol de regulador de la concurrencia, de garante de la abolición de las barreras comerciales, de armonizador, de liberalizador, de contralor de las ayudas estatales a las empresas, de garante de la concurrencia en el acceso a las licitaciones públicas, etcétera.

La búsqueda de mayores dimensiones por parte del poder público adviene en manera peculiar. En primer lugar, no a través de la unificación de los Estados, sino mediante una primera unificación de los mercados, y luego por la armonización de las acciones estatales. En este sentido, no

podría afirmarse que la Unión sea una institución libelista, sino más bien que la unificación hubiera sido difícil, sino imposible, partiendo desde el Estado; habiéndose comenzado, por ello, por los mercados.

La concurrencia constituye un potente factor de integración de los mercados, por su alcance extraterritorial, liberando la acción horizontal de las empresas. Aunque, luego, aparezca pronto la exigencia de "nivelar el campo de juego", eliminando los factores estatales de desigualdad. Se introduce así la moneda europea, única para 11 de los 15 Estados parte de la Unión, la cual impide la recuperación, a través del cambio, de las diferencias competitivas, y obliga, por ende, a los sistemas económicos nacionales a hacer uso de otros instrumentos para alcanzar aquel fin.

En segundo lugar, el primado de la Unión sobre los Estados no se realiza sólo en el sentido simplista, piramidal, de la superposición de uno sobre el otro, sino también en el sentido de utilizar a los privados como instrumento de integración. Lo que sucede tanto cuando accionan informalmente, como promotores de la intervención de la Comisión Europea, como cuando aquéllos accionan mediante el reenvío prejudicial a la Corte de Justicia, en ambos casos para establecer la compatibilidad de una medida estatal con el Derecho comunitario. De esta manera los privados colaboran con el Derecho comunitario. De esta manera los privados colaboran con la edificación de la Unión.

Uno y otro modo de realización del primado del Derecho supranacional europeo producen una cantidad de efectos, hasta el momento poco estudiados. Ante todo, el Derecho nacional cede, así, ante el europeo, sea en el sentido de que este último sustituye al primero, o en el sentido de que aquél es interpretado en base a los principios del Derecho europeo. Luego, a un Derecho bipolar, dominado por el binomio Estado, ciudadano, se sustituye un Derecho multipolar, donde prevalece la relación ciudadano-Estado-Unión. En fin, la integración no se agota en la relación vertical Estado-Unión, sino que se expande también horizontalmente, ya sea en el sentido de hacer concurrir los ordenamientos (por ejemplo, con el control del país originario), o en el de facilitar e incentivar contaminaciones y transplantes de un ordenamiento a otro.

4.2 La desintermediación del Estado

El gasto público, que había superado la mitad del Producto Bruto Interno, ha comenzado a descender. El Estado es todavía hoy el mayor

intermediario financiero (recoge recursos a través de los tributos y los redistribuye en forma de servicios), pero su peso en la economía va disminuyendo.

Aunque este mayor equilibrio entre entradas y gastos es producto de un vínculo externo, europeo, introducido a Maastricht en 1992 y sucesivamente perfeccionado. Y aún ello produce una fuga de decisiones del Estado hacia la Unión, que se realiza del siguiente modo. El poder presupuestario, que consta de dos fases, una que puede llamarse dimensional y la otra distributiva, es dividido: la segunda permanece en el Estado, la primera es puesta bajo el control europeo.

El estado queda como patrón de la distribución de los recursos reunidos entre los diversos servicios. Pero no controla ya la posibilidad de incrementar el gasto recurriendo al endeudamiento público, porque endeudamiento y déficit han sido vinculados a los parámetros de la finanza pública sana y a los mecanismos de prevención y vigilancia regulados por el Tratado de la Unión y por el Pacto de estabilidad.

4.3 La desagregación del Estado

La unidad de comando del Estado, tradicionalmente asegurada por el gobierno (el Consejo de Ministros, o gobierno en sentido estricto, y los diversos comités interministeriales en los que aquél se articulaba) se pierde con el desarrollo de las autoridades independientes del gobierno. La estructura ligada al vértice, y de aquel dependiente, es sustituida por una estructura puntiforme y reticular, que opera en los mayores campos de la economía, el crédito, las aseguraciones, bolsas y sociedades, electricidad y gas, telecomunicaciones, obras públicas, competencia, etcétera.

Este desarrollo se debe en parte a la Unión, especialmente en los sectores para los cuales el Derecho comunitario dispone la separación entre operadores y reguladores y la independencia de este último.

A su vez, los poderes nacionales autónomos van más allá del Estado porque se constituyen — mediante acuerdos de colaboración — en una red transnacional de sector, o porque devienen organismos nacionales de ejecución de decisiones comunitarias. Por lo tanto, a una pluralidad de polos nacionales se corresponde una análoga organización supranacional.

4.4 Del Estado-empresario al Estado-regulador

En el sector bancario, en el asegurador, en la energía eléctrica, el gas y demás fuentes de energía, en las telecomunicaciones, los transportes

aéreos, y en tantos otros sectores, los entes públicos son transformados en sociedades, y las acciones de la sociedad son (parcial o integralmente) vendidas a privados; pero, contemporáneamente, se crean autoridades de regulación, que disciplinarán minuciosamente a las sociedades privatizadas. Poco cambia, desde el punto de vista formal, ya que un ente público o una sociedad por acciones es sustituido por otro ente público. Cambia mucho, en la sustancia, porque el Estado-empresario es sustituido por el Estado-regulador.

Este cambio produce, por un lado, una simplificación en el ordenamiento; por otro, su complicación. Las distintas formas de empresas públicas, de hecho, desaparecen, y, allí donde la fórmula resiste, se presenta casi sólo en su ropaje de sociedad dirigida por el Estado. Por otra parte, en cambio, el relativamente simple reraconamiento de gestión es sustituido por una fragmentación y especialización de los roles del Estado. Por ejemplo, la empresa monopólica de telecomunicaciones, antes en gestión pública, es ahora gestionada privadamente y sujeta a los controles de la autoridad de sector (la autoridad para la garantía en las telecomunicaciones), o de la autoridad garante de la concurrencia y del mercado. Lo que produce no pocos problemas de concurrencia entre las mismas autoridades.

4.5 Del control público directo al control indirecto

Casi todos los servicios públicos están sujetos a un proceso de liberalización, que transforma los respectivos sectores reservados en sectores de acceso libre. Contemporáneamente, sin embargo, y para asegurar finalidades sociales (por ejemplo, el servicio universal), son establecidos límites y controles.

Aun en este caso podría decirse, formalmente, que algunos controles públicos se sustituyen con otros controles públicos. Aunque entre los dos tipos de control haya diferencias. Los primeros eran prevalentemente controles de tipo directivo, los segundos son controles de tipo condicional o conformes al mercado. En los primeros no se consideraba autónomamente la tutela de los consumidores, cosa que sí sucede en los segundos.

Éste es otro desarrollo en el cual el Estado es deudor de la Unión Europea, que ha dispuesto las liberalizaciones económicas y ha, de esta forma, hecho retornar al lecho del Derecho común la disciplina de enteros sectores que leyes de reserva habían, en el pasado, sustraído al mismo.

4.6 Ambigüedad y contradicciones de los nuevos desarrollos

La absorción comunitaria de decisiones alguna vez estatales, la reducción del peso financiero del Estado, su fragmentación, la crisis de la empresa pública y el crecimiento del Estado-regulador, la sustitución de planes por reglas, son frecuentemente presentados con fórmulas simplificadoras, principalmente aquella según la cual habría menos Estado y más mercado. Se trata de una síntesis imperfecta y desviada, en tanto el Estado es sustituido por otros poderes públicos (la Unión europea, las autoridades independientes) y la disminución del rol de guía de los poderes públicos es ampliamente balanceada con su rol de reguladores y controladores.

Casi todos los desarrollos señalados, luego, presentan ambigüedades y contradicciones. Se, efectivamente, es cierto, que la Unión tiene bajo su control la acción de los Estados en la economía, es también cierto que aquella no ha logrado todavía afirmarse plenamente como federación de Estados. Si, en segundo lugar, el peso financiero del Estado se reduce, no se reducen, sin embargo, las potentes fuerzas que han producido su crecimiento (la necesidad de igualdad, en particular). La fragmentación, a su vez, es discutida por quien entiende que produce decisiones irresponsables. Si el Estado regulador corrige las imperfecciones del mercado, está, a su vez, en el centro de las tensiones que requieren, a su turno, correcciones, principalmente aquellas que producen leyes de alcance nacional, que rompen la unidad del mercado europeo. Las privatizaciones han producido efectivamente muchas aperturas, pero han sido acompañadas por regímenes de preferencias, como la prórroga de las concesiones y de los poderes especiales del Estado. Las liberalizaciones para el acceso a los sectores antes reservados son acompañadas con pesadas regulaciones de las actividades de las empresas operantes en tales sectores.