

## ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

ROBERTO MARIO MORDEGLIA

### I. ECONOMÍA Y DERECHO

1. *El derecho constitucional como ordenamiento.* No deja de ser un tanto presuntuoso aludir, como sector jurídico, al derecho constitucional económico, no por referirse en gran medida a los derechos llamados de segunda generación —en cuanto a su identificación, no por su importancia— sino porque se corre el riesgo de sugerir una especialidad de principios, que no es el caso. Por ello, convencionalmente esa alusión no tiene otro significado que aludir a una parte del derecho constitucional. Si se concibe a la Constitución de un país, siempre, como un dispositivo de control del poder<sup>1</sup>, que es su sentido normal, se advierte enseguida que con relación al sistema económico la Constitución debe ser también el marco para que se asiente esa ancestral relación entre derechos individuales y ejercicio del poder<sup>2</sup>.

Cuando se hace referencia al derecho constitucional, por una parte, parece que se acepta hoy, generalizadamente, una remisión al concepto de Derecho como ordenamiento jurídico, concepto que no es prescindente del reconocimiento de la existencia de valores y por consiguiente de prin-

<sup>1</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1965, pág. 28.

<sup>2</sup> Por sistema económico se entiende el conjunto de actividades económicas de las particulares y las acciones del Estado, actuando en el ámbito de un ordenamiento jurídico. De allí que se desdoble en sector público y sector privado, lo cual desde la perspectiva jurídica significa que existen relaciones económicas entre las particulares que implican la reglamentación de derechos de éstos por las órdenes de fondo (art. 75, inc. 12, Const. Mex.) y también relaciones entre las particulares y el Estado cuya reglamentación surge fundamentalmente de los restantes límites del art. 75, y del art. 4° en cuanto prevén actuaciones del Estado en distintos ámbitos económicos, incluyendo la regulación de los servicios públicos, ahora expresamente implicadas en la Constitución (art. 42, Edo. párr.).

ciplias generales que de ellos se desprenden y que no sólo sirven para interpretar el texto, sino también como un objeto por lograr al que se debe tender, pues es sabido que tal concepto (ordenamiento jurídico), si bien arrastra del positivismo normativista, tras una serie de desarrollos como los de Santi Romano, logra superarse<sup>3</sup>, de igual modo que parece insuficiente el derecho constitucional positivo, debiéndose entender a las normas como signos exteriores de aquellos valores.

En igual sentido razonan aquellos enfoques trialistas sobre la compleja dimensión del mundo jurídico (normológica, sociológica y dialéctica) que no dejan de lado el análisis de las valoraciones sociales que inciden en el mundo jurídico, así como su recíproca, o sea cuáles valoraciones provoca a su vez el Derecho<sup>4</sup>.

Elo implica que esos valores, que muchas veces son manifiestos en el texto constitucional, o como en nuestro caso, en el Preámbulo, en principio deben considerarse, por mayor amplitud o imprecisión que tengan, como operativos, y protegen de todos modos una idea general que no es otra que la dignidad de la persona humana y la búsqueda de su desarrollo<sup>5</sup>.

Por otra parte tampoco se desprende el concepto jurídico de constitución de la estructura social de un pueblo, significando este punto de vista la oposición del hecho al Derecho<sup>6</sup> y lleva al examen y comprensión de las instituciones de la realidad política reglamentadas por el Derecho (opinión pública, partidos políticos, grupos de presión, etc.)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Ver Eudari Campos, German, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo IV, Editor, Buenos Aires, 1992, pág. 14. No es el objetivo de estas líneas el análisis de aspectos de la filosofía y sociología jurídicas, el cual tampoco podrá ser efectuado sin la suficiente solvencia en esos campos. Remitimos así a las importantes obras del maestro y sus referencias.

<sup>4</sup> Fernández Segado, Francisco, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional española", E.D., 154-762/763 (1994).

<sup>5</sup> Tales son también los Gases del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la ley 23.313 (ADLA, 46-B-1107) del 13-V-1986. Así surge de su preámbulo y del art. 1º, pto. 1. Dicho Pacto tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.).

<sup>6</sup> Sánchez Agesta, Luis, *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª ed., Nacional, Madrid, 1967, págs. 34 y sigs., realiza la divulgada tipología de los conceptos de constitución: racional normativo, histórico tradicional y sociológico. Señala que sólo el tipo racional normativo tuvo importancia decisiva para la formación de la ciencia del derecho constitucional, recordando que tal concepto relaciona tanto las normas, cuanto las exigencias sociológicas (pág. 55).

El aspecto material remite a una concepción total de Constitución en la que también interviene la realidad, o una síntesis o relación entre elementos estáticos y dinámicos, por lo que se entiende que la Constitución es un producto. De allí que si la normalidad ficticia es capaz de producir una normatividad, a su vez la normatividad, mediante la valoración que hace de aquélla y el cumplimiento exigido, tiende a provocar una normalidad en la conducta (Heller, H., citado por García Pelayo).

De ello se deriva que no es tampoco obvia una somera referencia a un contenido material de la Constitución, en el sentido de que las normas no deben ser consideradas como meros entes lógicos (lo que explica el sector o la consideración normológica del mundo jurídico) sino que ha de atenderse a su vigencia sociológica o a su eficacia (dimensión sociológica del mundo jurídico en la posición trialista antes indicada) lo que de todos modos ha conducido a delimitar el campo de la ciencia jurídica y de la sociología jurídica<sup>7</sup>.

Se han planteado así numerosos casos en que el texto constitucional es puesto a prueba, sea para fijar el alcance de los valores, sea por la presión de circunstancias que deben ser encuadradas en el texto, admitiéndose a veces una interpretación mutativa de él, y otras que de todos modos es preciso captar las cambiantes circunstancias, pues ellas son en definitiva la causa de los preceptos<sup>8</sup>.

2. La denominación de derecho constitucional también refiere al derecho de la cúspide, es decir, implica que por el principio de supremacía, todo el ordenamiento positivo infrakonstitucional debe ordenarse a él, cualquiera sea su fuente, legal o reglamentaria. Tampoco cabe olvidar el derecho de los tratados y aun el derecho comunitario, cuando él existe, dándose así conflictos de jerarquía normativa que más adelante se expondrán.

Es innegable que ese derecho convencionalizado tiene un amplio contenido económico.

<sup>7</sup> Hilbert Campos, G., *Tratado...*, cit. El Tomo IV de la obra citada está precisamente dirigido a este análisis (sociología del derecho constitucional). La sociología del Derecho constituye su objeto en dos aspectos de un único fenómeno social: los factores sociales que influyen en el derecho y las repercusiones que el Derecho refleja en la sociedad (T. IV, pag. 16). Se verá más adelante cómo las distintas ideas económicas y las circunstancias, producto de la vida social, tienen una manifiesta correlación con los textos constitucionales, y cómo a través de la interpretación de éstos se adecúan y a su vez miden los comportamientos sociales.

<sup>8</sup> Oyhánariz, Julio, "Poder político y cambio estructural", interpretación judicial encadenada al pasado, concluye con la conocida causa "Aviso a De la Peña" (1994), Fallos, 172:29.

Un claro ejemplo se ha tenido frente al denominado "estado de emergencia económica" que para algunos al no estar previsto en el texto constitucional de 1853, no admitir la adopción de determinadas medidas consideradas inagredibles y fundadas en el mismo que para otros aun sin estarlo, habilitaba el dictado de normas obligatorias por fuera de la Constitución (Saguio, Néstor, L. J., 1990-D-1033). En esta línea la Corte Suprema en la causa "Peralta", Fallos, 315:513, siguiendo criterios provenientes de la jurisprudencia de los EE.UU. admitió el derecho de emergencia como previsto implícitamente por la Constitución Nacional.

En otra causa más reciente se sostuvo, con cita de Alberdi, que la verdadera sanción de las leyes reside en su duración, debiéndose remediar sus defectos no por la abrogación sino por la interpretación, estando predeterminada a recoger y regir hechos posteriores (Fallos, 315:158, "YPF a/Peña de Corrientes", 3-III-1992, cons. 27).

3. *La esencia de lo económico.* Pero lo que realmente presenta mayores dificultades para el estudiante de Derecho, es el significado de lo económico. ¿Qué es la economía y por qué se habla de un derecho constitucional económico?

Ya es un lugar común en la ciencia económica considerarla como la ciencia de la escasez, es decir entender el problema económico como el proveniente de la existencia en cada individuo, de fines diversos y jerarquizables también de modo diverso; así como de la existencia de medios limitados y de uso alternativo para el logro de tales fines<sup>9</sup>, que si cada persona dispusiera de medios y de tiempo en cantidad ilimitada para la consecución de sus fines y si dichos medios fueran dados en la forma y oportunidad debida para obtener aquellos fines, no surgiría problema económico alguno; por el contrario, mediando situaciones de escasez, es siempre posible identificar el problema económico, y el modo de solucionarlo es objeto de la ciencia económica, utilizando un criterio racional de selección<sup>10</sup>.

Como se advierte tal problema no sólo es propio de las relaciones de los individuos entre sí, sino también de las que crea el Estado en el cumplimiento de sus diversas competencias, lo que implica que pueden distinguirse necesidades privadas y necesidades sociales o públicas<sup>11</sup>.

Indicando así en forma esquemática el problema objeto de la economía, queda claro que para su resolución no es factible prescindir del Derecho, pues los modos de acceso a esos medios, limitados, ya está implicando la existencia del derecho de propiedad y también la regulación jurídica de otros derechos, como el de trabajar y ejercer industrias y empresas, a utilizar moneda extranjera, a acceder al crédito, a utilizar determinados recursos naturales según determinadas reglas, etcétera. Quiere decir que la actividad económica, como actividad humana y producto por ende de la libertad del individuo, queda condicionada por la estructura jurídica.

4. *Sector público y sector privado de la economía.* Las naciones se encaminan a la existencia de dos sectores en el sistema económico: el sector privado, que dentro de la estructura jurídica a la que se hará referencia luego, logra la solución del problema económico por la vía del mercado, es

<sup>9</sup> Robbins, Lionel, *Ensayo sobre la Naturaleza y Significación de la Ciencia Económica*, F.C.E., México.

<sup>10</sup> Vito, Francesco, *Economía Política*, Tesoro, Madrid, 1958, pág. 20

<sup>11</sup> Puede entenderse así que a una posición liberal manchesteriana y equita, sucede la aceptación de la economía política, por existir problemas que atañen a toda la sociedad, para pasar a una economía constitucional que exige el compromiso del Estado. Ver Mario Benfanti, "Apuntes para una cuestión enigmática: la relación derecho-economía", J.A., T-X-1990, nro. 6110.

decir, la apropiación y utilización de los bienes escasos y de uso alternativo mediante un mecanismo de cambio por el que es factible determinar el precio de los bienes y las condiciones para su sustitución, de modo de satisfacer fines individuales; y el sector público, en el que existe un mecanismo normalmente distinto para que el Estado, como gestor de la comunidad políticamente organizada, obtenga, mediante la utilización de medios también escasos y de uso alternativo, los fines sociales políticamente decididos.

La dimensión de uno y otro sector marca el paso de una economía de mercado a una economía pública o semipública en la que rige un principio diferente cual es el de la determinación de los fines y los medios por emplear, por medio del presupuesto, mecanismo que por esto mismo ha sido denominado muchas veces como ley de leyes, en cuanto enmarca el comportamiento económico público. Se está en presencia, entonces, en este sector, de la llamada economía de presupuesto.

Se tiene así que el problema económico es atribuible tanto a los particulares como al Estado. Pero éste actúa desde una doble posición, es decir: dentro del sistema económico, como un protagonista más, o por fuera de él, como sujeto que fija las normas jurídicas que regulan o hacen de marco a la actividad económica privada y pública.

5. En el primer supuesto, una vez decididas las necesidades por satisfacer (lo que se realiza en el presupuesto) la adquisición de los medios materiales e incluso la obtención de algunos de los recursos públicos (empréstitos, disposición de bienes del dominio privado) se produce en el mercado, y el Estado actúa así como un operador más, comprando los bienes y requiriendo los servicios que son, a su vez intermedios para conseguir los objetivos finales. Y estos últimos no son sino, a su vez, los bienes y servicios finales que el Estado ofrece a la comunidad como objetivos sociales que se ha propuesto.

Es claro que este proceso, como todo proceso económico, queda enmarcado por el Derecho, y en primer término por el derecho constitucional, de modo que es conveniente aunque no exclusivo visualizar ese aspecto de la actividad estatal desde el prisma de la Constitución.

Pero lo que es importante destacar es que salvo prerrogativas especiales o mecanismos jurídicos que tampoco importa detallar, ese cometido estatal, en principio, no difiere del de los particulares, bien que es evidente que por su dimensión y abundancia, los efectos que provoca en la economía pueden ser totalmente distintos al de los particulares, de modo que es factible atribuir a dicha actividad estatal elementos característicos que acompañan a la política, en este caso a la política económica.

Ese cometido del Estado de producir los bienes y servicios que requiere la comunidad, para lo que debe disponer de recursos, que también en definitiva toma de ella, pero que de todos modos son limitados y de

uso alternativo, configura un aspecto muy característico de la acción estatal que se denomina actividad financiera del Estado y que también es tema, naturalmente, de regulación jurídica y más precisamente del derecho constitucional, pues en la Constitución están descriptos cuáles pueden ser los mencionados recursos (art. 4º, Const. Nac.) y también los gastos, ya sea de modo implícito o explícito (por ej., arts. 14 bis, 75, incs. 18, 19 y 23, Const. Nac.) y el presupuesto que lo predetermina (arts. 75, inc. 8º y 100, inc. 7º, Const. Nac.).

6. En el segundo supuesto el Estado actúa en la economía fijando el marco jurídico en el que la actividad económica total debe desarrollarse, por lo que se ha dicho gráficamente (Sommers) que es el Estado el que monta el escenario dentro del cual los actores representan su papel. Y esta función va más allá de fijar de qué modo y bajo qué mecanismos accede el Estado a los recursos necesarios para obtener los medios (factores de la producción) con que cumplirá sus objetivos (programa de gastos públicos que determinan los bienes y servicios producidos), aspectos todos, como se vio, de la actividad financiera, pues se trata en cambio de reglamentar con fines de bienestar general derechos de los particulares (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 19, 41, 42, 28 y 75, inc. 32, Const. Nac.).

Para esto último entonces, se ejerce principalmente el denominado poder de policía<sup>12</sup>, con el que el Estado da forma a la estructura jurídica que condiciona la búsqueda de las soluciones al problema económico, enfocado éste tanto desde la perspectiva individual, como de la social. Además reglamenta la prestación de los servicios públicos, mediante gestión privada y pública, o fomenta determinadas actividades consideradas de interés público.

7. *Síntesis entre economía y Constitución.* Relacionando ahora el problema económico en su faz privada y pública con la Constitución Nacional, se advierte por una parte que ésta se ocupa de la libertad y su traducción en los derechos individuales que son declarados y que permiten la relación de los individuos en la búsqueda de su propio bienestar (art. 75, inc. 12), pero también se ocupa de los recursos que el Estado debe obtener para realizar los gastos públicos (art. 4º) y las competencias y temas sobre los que éste ha de actuar (art. 75, Const. Nac.); y, además, prevé el modo y condiciones en que se pueden reglamentar los derechos de los ciu-

<sup>12</sup> Este concepto, junto con el de servicio público y el de fomento integran, aunque no exclusivamente, las técnicas del Estado intervencionista y será desarrollado en otra oportunidad. *Véase* Casagosa, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, Abellido-Ferrut, Buenos Aires, 1994, págs. 62 y 69.

dadanos para que, sólo dentro de las bases así fijadas, puedan ejercerlos dando solución al problema económico, tal como su libre voluntad individual lo visualiza (arts. 14 y 28, Const. Nac.).

De allí que precisamente se distinga la existencia de una política económica, de la que es sólo una parte la política financiera, pues como queda dicho, el actuar del Estado presenta distintas modalidades que adquieran características muy definidas<sup>13</sup>.

Pero para lo que ahora interesa, la conclusión es que el fin de una Constitución, que como se vio es en definitiva limitar el poder, se manifiesta en distintos planes vinculados, ya sea que se considere que el Estado actúa como participante dentro del sistema económico o por fuera de él. Son las disposiciones constitucionales que se refieren a esos cometidos, como limitantes del poder público, las que asumen mayor significación, sin perjuicio de que el modo de relacionarse privadamente los particulares para dar solución al problema económico, sea también objeto de precisiones constitucionales pero para asegurar los beneficios de la libertad. Prueba de ello lo constituye el artículo 41 de la Constitución Nacional en cuanto al prever como garantía de los derechos sancionados la vía rápida y expeditiva del amparo, la refiere a actos manifiestamente arbitrarios tanto del Estado como de los particulares, de lo que se deriva la protección no exclusiva, pero sí principal de derechos económicos afectados tanto por el Estado como por los particulares. Y mayor dificultad presenta el problema cuando se acepta, como en la actualidad, no sólo la presencia del Estado de Derecho, es decir del Estado sometido a la Constitución y a la ley, para permitir el ejercicio de los derechos, sino del Estado Social de Derecho, que importa atribuirle fines tendientes al logro de la denominada justicia social.

6. Se ha señalado que la consideración de un derecho económico, apunta a incorporar al Derecho, fundamentalmente abstracto y normativo a partir de teorías puras como la de Kelsen, la cuota propia de la realidad social, tanto en el campo atinente al orden disciplinador de las conductas

<sup>13</sup> Se toma así la expresión política financiera como representativa de la actividad financiera, finanzas públicas o hacienda pública. En la doctrina extranjera es habitual el concepto de fiscal policy, o política de presupuesto para distinguirlo de otras manifestaciones como la de política monetaria o cambiaria (Lacarra, Marcelo, *Política Fiscal y Dinero*, Depalma, Buenos Aires, 1968, págs. 4 y 17). Sólo por desconocimiento puede relacionarse a la expresión de política fiscal que se vincula con el ejercicio de facultades de contralor fiscal, a cargo de la Administración, que nada tienen que ver con la *fiscal policy*, herramienta normativa de regulación económica del Congreso e integrante también de la política de la prosperidad (Oyhánave, J., "Poder...", cit., pág. 23).

individuales, en tanto se relacionan entre sí, como de éstas vinculadas con el actuar del Estado en cumplimiento de sus fines propios<sup>14</sup>.

Aplicación de lo dicho se advierte en el derecho privado, tanto en el derecho comercial llamado precapitalista, como en el Código italiano de 1942, que incorpora un concepto de empresa y de derechos atinentes al trabajo. Por igual en Francia, la aplicación del Código Napoleón implicó una definición del derecho de propiedad, de manera de consolidar derechos económicos<sup>15</sup>.

9. Es cierto que el problema económico está siempre detrás del ordenamiento jurídico pues forma parte de la denominada causa típica de los negocios, regulada por el derecho privado. Quiere decir que para quienes aceptan la tesis causalista, detrás de cada contrato o relación jurídica subyace siempre la *intention facit* perseguida, de la cual la *intention iuris* sería el revestimiento jurídico, y cada negocio debe responder a su causa típica pues de lo contrario se daría una simulación, lo cual de suyo no es ilegítimo, salvo que se perjudique a terceros<sup>16</sup>.

Pero queda en claro que ese aspecto privado de la economía que no hace sino resaltar el vínculo entre economía y Derecho, no es el que se describe de modo prioritario en los textos constitucionales, que sólo establecen los contornos en los que pueden expresarse los derechos; más bien en general el texto constitucional está directamente dirigido a fijar los límites y competencias del poder público. De allí que el enfoque que en estas lecciones se hace del problema constitucional está limitado exclusivamente a esta última configuración y tiene que ver con el derecho público.

<sup>14</sup> Ghersi, Carlos, "Aproximación al estudio del análisis económico del Derecho y su distinción con el derecho económico", J.A., 10-IV-1996.

<sup>15</sup> El autor citado en la nota anterior comenta la obra del profesor español Luis Díez-Picazo, quien en su anterior obra de 1974 distingue el orden público económico, como derecho económico público, frente al derecho privado económico. Entre nosotros Esteban Cettelly en el año 1973, en trabajos publicados en la revista *Informe* de la Universidad Argentina de la Empresa propició la identificación del estudio del derecho económico concebido como una calificación del Derecho en cuanto enfoca sus consecuencias económicas, y que tiene verdadero auge luego de la Primera Guerra Mundial al dictarse el conocido conjunto de normas dirigidas (ver entre otras separata de la revista *Informe*, citada, año IV, nro. 34 y año V, nro. 36). Tampoco puede omitirse la obra del académico Enrique Olivera.

<sup>16</sup> Las calificaciones del derecho tributario conocen bien las dificultades de relacionar en esta rama, los aspectos económicos y jurídicos. El tema apuntado es el tercer día lugar entre nosotros a la discusión entre Francisco Martínez, *Estudios de Derecho Fiscal*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1972, pág. 169 ("El criterio económico y la importancia que para el derecho fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica (*intention facit*) y la intención jurídica (*intention iuris*)), y Dino Jarach, recientemente fallecido, *El Hecho Imponible*, 2ª ed., Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1971. Se trata allí si para interpretar las leyes fiscales: deben atenderse a la realidad económica con prescindencia de las figuras jurídicas o si el principio de la consideración económica, tal como es previsto por el art. 12 de la ley 11.683, sólo será aplicado a la posibilidad de prescindir de una figura jurídica, cuando esta última no es la que corresponde a la intención empírica perseguida.

## II. LAS ESCUELAS ECONÓMICAS Y LA FUNCIÓN DEL ESTADO

10. Para analizar el vínculo entre el problema económico —en cuanto a la participación del Estado en su solución— y la estructura jurídica es conveniente comenzar por un rapidísimo repaso de las doctrinas económicas, para desembocar en los distintos modelos de Estado que permitan apreciar a grandes rasgos, las características propias de su funcionamiento en cada uno de ellos y finalmente, su inscripción en las cartas constitucionales a través del tiempo.

Los primeros desarrollos de ideas económicas estuvieron vinculados ya sea a cuestiones religiosas o filosóficas, pero su característica fue la de una exposición fragmentaria y mezclada con ese otro tipo de investigación.

11. *El mercantilismo.* Generalmente se atribuye al mercantilismo el primer hito en el largo camino de la evolución de las doctrinas económicas, ya que si bien esas ideas no constituyen propiamente una teoría general, al menos consistían en respuestas a problemas de idéntica naturaleza, siendo importante resaltar aquí que se produjeron principalmente en oportunidad de la constitución de los grandes Estados nacionales. Es en los siglos XVII y XVIII, luego de las guerras religiosas, que los problemas derivados de la moneda —que ya habían sido detectados con mucha anterioridad— y el balance comercial, dieron pie para propiciar el fomento de las exportaciones como un modo de obtener la moneda metálica que sería el bien movilizador y demostrativo de la riqueza de una Nación. De allí se deriva la adopción de medidas para aumentar la producción interna y desalentar las importaciones, que producían el efecto contrario. Así se ubican las distintas corrientes como el comercialismo inglés, el industrialismo francés o el bullenismo español (conservación de metales preciosos en lingotes). La tarea de asesoramiento a los monarcas se denominó *cameralismo* (Alemania), pero esas diversas manifestaciones fueron evolucionando hacia un denominador común consistente en un robustecimiento de la actividad estatal orientada no sólo hacia el fomento y la producción, sino también a la utilización de mecanismos prohibitivos, como productos todos ellos de una acción artificial por parte del Estado, es decir, una limitación de la libertad y consecuentemente de los derechos de los ciudadanos para obtener los recursos necesarios para el fortalecimiento del poder real.

12. *La fisiocracia.* A esta teoría sucedió en el tiempo una exposición tendiente a buscar un sistema más racional, que permitió derivar consecuencias, de principios generales, los cuales se infieren de la existencia de un orden económico, a semejanza de lo que ocurre con los fenómenos naturales. Por ello esta corriente se denominó, precisamente, la fisiocracia, que trató de identificar un conjunto de leyes no establecidas por la volun-

dad humana, sino más bien por imposición divina, del que se derivaba un orden natural que no debe ser interferido. Por otro lado la actividad económica que aparecía como más conforme a la naturaleza, es el trabajo de la tierra, que era la única actividad de producción efectiva en la cual no solamente se recuperaba lo invertido sino que producía un excedente. Cualquier otra actividad resulta ser sólo transformadora de una riqueza originaria y ejercida por la clase identificada como estéril, en cuanto su rédito sólo proviene de la clase productiva, o de los propietarios de los fundos (cuadro económico de Quesnay sobre la distribución de la riqueza).

13. *La escuela clásica.* A estas ideas sobrevienen las del liberalismo o escuela clásica, así denominada porque fue la primera en abordar y resolver el problema central de la economía que no es otro que la explicación del valor que los bienes tienen, o sea sus precios y las relaciones que de ellos derivan sobre los distintos factores de la producción y el reparto de los beneficios o réditos. La riqueza de las naciones (que es la síntesis del título de la obra de Adam Smith de 1776) no está ya en la tenencia de la moneda, ni en la producción agraria, pues son sólo manifestaciones aisladas e insuficientes, sino que se da por la incorporación del trabajo del hombre, que es lo que agrega a los bienes nuevo valor. En realidad los bienes que tienen valor son los limitados y útiles, algunos de ellos son reproducibles a voluntad, de modo que en su valor incide primordialmente el costo de producción, mientras que otros son dados por la naturaleza en cantidad fija (la tierra) por lo que su valor está determinado por el grado de rareza o por su escasez<sup>17</sup>. Lo esencial es, por consiguiente, el funcionamiento lo más libre posible de los diversos mercados en los que se determinan los precios de los distintos bienes, pues de allí deriva una asignación racional y eficiente.

Posteriormente, la escuela clásica se desdobra en dos corrientes: la objetivista que analiza el problema económico más bien desde el lado de la producción, la oferta y sus costos; y la subjetivista que hace hincapié en la utilidad o importancia que los bienes tienen para los sujetos, no ya como condición del valor, sino como medida de él. Es el enfoque desde la demanda.

Desde el punto de vista de lo que aquí interesa debe recalcarce que esta doctrina como es sabido privilegia la decisión individual porque se supone que ella responde a un principio fundamental en materia económica que es el de la división del trabajo: cada sujeto debe dedicarse a la tarea para la que tiene mejores aptitudes y menores costos. De este modo si cada quien realiza la labor para la que está más habilitado, el conjunto

<sup>17</sup> Véase Vito, Francesco, *Economía...*, cit., pág. 74.

social se beneficia y existe una mayor eficiencia de la comunidad. Es bien explícita la metáfora de la mano invisible que guía a los individuos que, buscando su propio interés, logran el mayor bienestar general, pero lo más importante es que esa conclusión impone la abstención estatal, la neutralidad del actuar del Estado, tanto en su actividad financiera como en su poder de policía, pues en ambos casos se producen interferencias que afectan la combinación más adecuada y eficiente de los factores productivos.

14. *La ofensiva social.* En este rápido bosquejo y supersimplificación de los elementos básicos de las distintas corrientes, cabe agregar que la teoría clásica cuyo dominio es el terreno de las ideas aún perdura, hubo de sufrir numerosas reformulaciones, pero manteniendo el aspecto central del protagonismo del individuo para elegir y apropiarse de los distintos factores de producción, es decir, la asignación eficiente de ellos. Básicamente los momentos de crisis fueron impulsados de un lado por el avance de las ideas de contenido social, y de otro por la presencia de acontecimientos que llevaron a admitir modificaciones esenciales, que no siempre fueron mantenidas en el tiempo.

En el plano de las ideas la reacción sobrevino con la instalación de las doctrinas socialistas, concretadas en la teoría del plusvalor de Marx que partiendo de la conclusión clásica de estar el valor de los bienes determinado por el trabajo en ellos incorporado, debía el rédito corresponder a quienes lo generan, es decir, la clase trabajadora, de modo que la percepción de beneficios por los capitalistas y empresarios no constituye sino plusvalía. Esta circunstancia conduce en definitiva a propiciar la propiedad pública de los bienes de producción, de modo de evitarla y revertir el rédito de la producción a la clase trabajadora.

15. En el plano de los hechos, aun dejando de lado la revolución soviética del año 1917, fueron los acontecimientos producidos durante la primera mitad del siglo XX los motivos determinantes de las reformas en el pensamiento liberal del mundo occidental. Las dos guerras mundiales y la gran depresión ocurrida en los años 1929/1930 son tomadas como factores desencadenantes. Esta última como es sabido fue de mucha importancia porque demostró que el modelo liberal ortodoxo no podía funcionar en determinadas circunstancias. La solución para las crisis, conforme a este modelo, se basaba sobre todo en la ley de las salidas o los desembosques de J. B. Say, a estar a la cual, cada productor que lleva al mercado sus bienes, obtiene compradores para ellos, corrigiéndose los posibles excesos de la sobreproducción y los desabastecimientos, en algún momento, con lo cual en el largo plazo se logra el equilibrio del sistema por el propio juego de las reglas del mercado. Precisamente esas fluctua-

ciones integran la base de los ciclos económicos propios de la economía capitalista.

En el plano jurídico desde el final del siglo XIX toma auge la doctrina del servicio público, como acción estatal a la que no son aplicables las disposiciones del derecho privado (sentencia o *arrêt* "Blanco", en Francia, 1873). Más adelante el servicio público pasa a ser examinado como una manifestación de la soberanía que refleja una vocación de servicio para la comunidad (Duguit). En la tercera década de este siglo se ubica la clásica controversia sobre los alcances y la regulación de este instituto, que con variantes aún perdura. En base a su función social se gestó como es sabido un importante proceso de nacionalización o estatización de empresas privadas. También la fijación de los precios o tarifas fue utilizado como técnica antiinflacionaria.

16. Otro factor importante para el debilitamiento que sufrieron las ideas liberales en su oportunidad fue la Segunda Guerra Mundial, repotenciando las ideas surgidas en la Primera Guerra Mundial y ordenando el mundo económico bajo el predominio de los EE.UU. trasladándose el intervencionismo del plano nacional al internacional mediante la creación del F.M.I. y los acuerdos de Bretton Woods<sup>18</sup>.

Es decir, los conflictos bélicos justifican el actuar del Estado, que se acrecienta diluyendo la libertad de elección y los derechos de los particulares, en el objetivo de la conflagración. El Estado ejerce, por un lado, su poder de policía para restringir los derechos de los particulares y conducirlos hacia ese objetivo final: afecta la libertad de la industria, la libertad de contratar, la propiedad privada, limita los beneficios, fija precios máximos, establece precios mínimos de algunos bienes, incrementando la actividad regulatoria. Y lo mismo la actividad financiera por parte del Estado. Entonces pasa algo que es bastante conocido, una vez que se inician tales acciones, y se controlan los derechos de los particulares, resulta difícil retrotraer luego esa situación. Antes de la primera guerra mundial la justificación de la injerencia estatal era la existencia de monopolios naturales o concertados (acuerdos entre empresas). Luego, en la Segunda Guerra Mundial esto se modifica, asumiendo el rol del Estado una justificación totalmente distinta.

Esto es lo que en definitiva conduce al intervencionismo económico: por un lado el desarrollo de las ideas económicas y por otro la realidad provocada por las conflagraciones y el agravamiento de las fases depresivas de los ciclos económicos. La aceptación de algún grado de redistribu-

<sup>18</sup> Vid. Spota, Alberto A., "Nueva dimensión política de lo económico", *L.E.*, 3-V-1995, nro. II, págs. 33 y sigs.

ción de la riqueza, para permitir satisfacer las necesidades de todos, robustaciendo la prestación de servicios públicos y la actuación del Estado para evitar también catástrofes económicas. Se elaboran así las muletas del Estado intervencionista, lo cual perfilará también, como se verá luego, los elementos constitutivos del Estado social de Derecho.

17. La teoría liberal no permitía que el Estado reaccionara frente al desarrollo creciente de la crisis de 1929, que no había tenido semejanza con las fases depresivas hasta entonces conocidas. Se requería una corrección no en el largo plazo, al que apuntaba la duración de la crisis y su profundidad, sino de modo preventivo, para evitar sus consecuencias conocidas: desocupación, quiebra de entidades financieras y establecimientos fabriles, caída de los precios en todos los mercados. Los principios de la teoría clásica, entonces en vigor, impedían la intervención del Estado, tanto en materia de actividad financiera (recursos, gastos y resultado presupuestario) como respecto de cualquier otra modalidad de control, pues el poder de policía sólo se podía ejercer en su versión restringida, para proteger la salud, el orden o la moral públicas. Frente a un contexto de crisis económica, caracterizada básicamente por la retracción de la inversión privada, es decir, que la actividad individual no encuentra alicientes para invertir en los procesos de producción, los ingresos particulares caen y con ellos los recursos del Estado que de ellos se nutren (recaudación fiscal, que es el recurso genuino). Al disminuir ésta, a su vez, por exigencia del principio del equilibrio presupuestario, deberá disminuirse el gasto, reduciéndose la inversión pública, los ingresos que ésta genera en los proveedores y contratistas, y por consiguiente, se retroalimenta el proceso recesivo.

18. *La reformulación de Keynes o revolución keynesiana.* Es enfrentando esta situación que cambian las ideas económicas y los especialistas tratan de buscar nuevos rumbos. Entre otros Keynes y sus seguidores sostuvieron que deba aumentarse el gasto público, o sea producir desfinanciamiento del gasto presupuestado. Añadiendo gasto público, aumenta el ingreso de los que lo perciben, quienes a su turno, y siguiendo el proceso gasto-ingreso, aumentan el poder de ahorro y de consumo en las distintas fases y vueltas de las relaciones económicas de modo que el mayor ingreso permite un mayor consumo y éste a su vez provoca el desarrollo de nuevas inversiones, desencadenando los efectos multiplicador y acelerador del ingreso y las inversiones. Este impulso del multiplicador y acelerador, admite ser calculado a partir del efecto del gasto inicial que se incorpora. Se sustenta en la existencia de factores ociosos, que en virtud del nuevo gasto público son inducidos y reincorporados al proceso productivo.

19. La adopción de estas políticas keynesianas, anticíclicas, llevaron a que en casi todos los países se impusieran los presupuestos deficitarios con gastos cuya financiación no era prevista, y se desarrolló una ecuación, que demuestra en una curva la relación entre la inflación y el desarrollo. A mayor inflación, mayor desarrollo y viceversa, incorporándose otros factores de la producción que habían quedado al margen, y suponiendo el poder de convocatoria del gasto estatal no financiado con impuestos pues, como se vio, estos últimos al disminuir el ingreso privado, provocan un efecto recesivo, que es lo que se trata de evitar.

Esta doctrina, en la práctica, tropezó con muchos inconvenientes para establecer la oportunidad e intensidad del gasto nuevo, y así se llegó a modalidades de equilibrio económico en niveles perversos, como el cese de crecimiento con inflación<sup>19</sup>. No plena ocupación provocada por la oferta de dinero, como resulta de la curva de C. A. Philips, sino inflación con desocupación (estañflación). Sobre todo porque es difícil no sólo conseguir que aumente la inversión privada, que es el objetivo de todas estas políticas, sino asegurar la productividad de las inversiones mediante una combinación eficiente de los factores, lo que se ha cuestionado que pueda ocurrir con la inversión estatal.

Cuando no existe ese mayor potencial de factores productivos, o no existe la posibilidad de combinarlos adecuadamente, el impacto del gasto público no consigue los objetivos buscados y se frustra, y lo único que se logra es un aumento nominal de precios, es decir inflación sin un mayor desarrollo<sup>20</sup>.

20. *La crisis petrolera*. Es a partir de 1973, después de la crisis petrolera, que volvieron a tener auge generalizado las ideas económicas liberales, en el sentido de evitar los excesos a los que habían conducido las políticas de déficit presupuestario. El Fondo Monetario Internacional propició y presionó sobre las naciones en desarrollo de las que era consultor y acreedor para el respeto del equilibrio presupuestario y la prescindencia, por parte del Estado, de aquellos servicios que no se consideran fundamentales o básicos para que el Estado los desempeñe y que serían las causantes de ese mayor gasto público ineficiente.

<sup>19</sup> Hansen, Alvin, *Política Fiscal y Ciclo Económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, pag. 312.

<sup>20</sup> La rápida descripción que figura en el texto, se desarrolla en las materias pertinentes, como Finanzas Públicas. Ver una buena ampliación en Jarach, Dico, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Caggallo, Buenos Aires, 1963 y Nordeglia, Roberto M., *Manual de Finanzas Públicas*, 2ª ed., A.Z. Buenos Aires, 1968.

21. *La nueva embestida liberal. La reforma del Estado.* El resultado negativo en que concluyó la aplicación de políticas intervencionistas, al que se sumó la asombrosa caída del régimen soviético, no podía menos que alentar un retorno a las fuentes del modelo liberal: reducción de las funciones del Estado y rigurosidad en el manejo de las cuentas fiscales, reubicando las competencias de la banca central.

Quiere decir que, como era generalmente indicado, si el Estado moderno no puede desentenderse en su política económica, de los tres grandes objetivos: equilibrio del sistema, mayor desarrollo y redistribución, los caminos seguidos para atenderlos fueron conceptualmente modificados, pues aunque no se asegura ya que el Estado deba ser neutral, lo que se propicia es que reduzca su funcionamiento, sin adoptar los cometidos propios de dirección del sistema económico y respetando la armonía entre la libertad y los objetivos indicados<sup>21</sup>.

Ella implica un cambio filosófico sobre varias cosas: el concepto de lo público y lo privado, la fijación de las necesidades que deben ser atendidas por el Estado, la amplitud con que deben ejercerse la libertad y los derechos y, simultáneamente, la determinación de nuevos deberes a su cargo cuyo reconocimiento y mantenimiento a veces no es fácilmente conciliable con el mayor grado de libertad individual.

22. Como un ejemplo de lo señalado es posible apreciar, aunque sea de un modo superficial, lo que ocurre en Argentina. Como en otros países y reflejando lo indicado en el punto anterior, el retorno a las fuentes se produce a partir de la conocida trilogía de desestatización, desregulación y privatización, filosofía que tuvo por punto de arranque la situación de emergencia<sup>22</sup> y que ha suscitado una violenta disputa en todos los campos indicados, de la que sólo nos ocuparemos acá en relación con el concepto de servicio público, por su relación con la evaluación del principio de igualdad y su relación con la libertad en el constitucionalismo moderno.

Como muestra de la situación señalada, se redefinieron las funciones del Banco Central y la política monetaria (ley 24.144), alentando la reestructuración de las entidades financieras; se determina un régimen

<sup>21</sup> Haller, Helma, *Política Financiera*, D. Financiera, Madrid, 1963, págs. 172 y sigs.

<sup>22</sup> Ello lleva a reflexionar si se trata, efectivamente, de una nueva concepción del Estado y sus fines, o más bien de una respuesta a situaciones casuales. Ver leyes 23.696 y 23.697. Los temas principales de estos cuerpos legales constituyen temas centrales del derecho constitucional económico, como el papel de los servicios públicos, la responsabilidad del Estado, el arreglo de la deuda interna, el fomento de determinadas actividades, la creación del Banco Central y el financiamiento del Tesoro, etc., todo lo cual se examinará más adelante.

de paridad cambiaria (ley 23.928); se propicia el ajuste de las cuentas públicas, financiando el gasto preponderantemente con recursos tributarios, aunque sin negar la utilización de empréstitos —en función de la tasa de interés y los límites de aquellos—, anunciando simultáneamente la reducción del gasto público; coincidentemente se consolida la deuda interna impaga (ley 23.928) y se impone el mecanismo de privatización de empresas y activos estatales (ley 23.696); por último se anuncia el fin de las regulaciones de la actividad privada bajo todas formas, aun las vinculadas al fomento (promoción industrial, ley 23.697; dec. 2384/91, ratificado por ley 24.023).

En ese marco parece claro que los objetivos de equilibrio del sistema y desarrollo económico (lucha contra el paro o desocupación) son realizados por caminos totalmente inversos a los propiciados por la teoría intervencionista, apareciendo la redistribución, o meta de la justicia social, como también es denominada, como un producto ulterior o subsidiario de los otros fines prioritarios.

23. *La crisis del servicio público.* Ejemplo de lo señalado es la controversia en torno al concepto de servicio público, que aparece como una reminiscencia de la distinta posición que había asumido la doctrina administrativa en el marco del sistema jurídico de derecho público denominado *régimen administrativo* imperante generalmente en el continente europeo (por contraposición con el *comercio law*, bajo el cual el actuar de la Administración está reglado por las mismas normas de Derecho que gobiernan a los particulares y se aplica por iguales tribunales). Sobre el servicio público se señalan distintas posiciones semejantes a las asumidas por la denominada Escuela de Burdeos (Duguit) que propicia la gestión, prácticamente exclusiva por el Estado, de los servicios públicos, y que sería distinta de la aceptada por Hauriou (Escuela de Toulouse). La primera conduciría a desplazar para el servicio público, incluso el poder reglamentario general, sujetándolo a un ámbito aproximado al de una situación especial; mientras que la segunda, compartida por otras corrientes generalizadas, recurre a criterios corrientes de exorbitancia frente a normas jurídicas comunes.

En este sector —como en otros, a cuya repercusión no es ajeno el ahora conocido como proceso de globalización o más bien, universalización de conocimientos y consecuentemente de relaciones económicas— se intuye el cambio en los fundamentos económicos, comerciales, técnicos e incluso políticos en que se apoya su accionar<sup>23</sup> es decir, de un mundo

<sup>23</sup> Vid. Canagone, Juan C. "Presente y futuro de la regulación económica", L.L., 1<sup>o</sup> VII-1998, con cita de un trabajo de Gaspar Ariza Ortiz y de De la Cuitara Martínez, del 14-VI-1996 en la Universidad Austral.

que vuelve al juego de las leyes del mercado, aunque siga la modalidad de un arbitraje por el Estado en defensa de la competencia.

En concreto la discusión abarca la existencia y características de la decisión del Estado para asumir la titularidad del servicio (*publicatio*); el régimen jurídico especial que debe gobernarlo (se habla de la fuga del derecho administrativo) y consecuentemente el mantenimiento o no de la distinción entre servicio público o servicio de interés general<sup>24</sup> así como los distintos ámbitos en que uno u otro operarían.

24. *El principio de subsidiariedad, referido al servicio público.* Existe una tendencia a concebir al servicio público dentro de la teoría que desarrolla el principio de subsidiariedad, que parte de la base general de que el Estado sólo debe intervenir —es decir, en general, regular la actividad de los particulares— cuando estos por sí o mediante grupos intermedios no pueden desarrollarla (ver más adelante su relación con la teoría del Estado social de Derecho, nro. 50). Para el caso particular de los servicios públicos, la decisión de prestarlos por el Estado, incorporando una actividad industrial o comercial a dicho régimen de gestión pública, exigirla una declaración expresa (no puede resultar implícita) del Congreso (principio de legalidad, pues se limitan derechos de los particulares) teniendo en cuenta que se sustraen determinadas actividades del ámbito de las libertades económicas para someterlas a una regulación.

El tema, referido a la ideología del servicio público, plantea numerosas facetas:

a) se sostiene a veces que la Constitución de 1853 no preveía cláusula alguna que autorizase al Estado a realizar la gestión directa de los servicios públicos, pues el derecho de ejercer actividades de naturaleza económica sólo resultaba reconocido en forma expresa a favor de los particulares (art. 14, Const. Nac.);

b) no obstante la constitución liberal, en la segunda mitad del siglo se dio un proceso de nacionalización de los principales servicios públicos;

c) la jurisprudencia se enfocó para atribuir un carácter más bien contractual a la relación que vincula al prestatario con el Estado;

d) con el proceso de reforma del Estado y a partir del artículo 10 de la ley 23.696 (1989) se proclama un "principio antirregulatorio" relacionado con el ya mencionado principio de subsidiariedad, conforme al cual sólo sería admisible la regulación pública de su prestación, para

<sup>24</sup> Dejando de lado los servicios sociales o asistenciales, de contenido no económico en los que no se niega la gestión estatal, aunque parece que en estos días también la prestación de estos servicios quedaría sometida a crítica.

garantizar su continuidad y regularidad y en la medida en que el funcionamiento del mercado no permita la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, es decir, cuando la presencia de posiciones dominantes distorsione el mercado;

e) la regulación económica constituiría entonces una de las funciones esenciales, pero del Estado subsidiario, para imponer como emanación del poder de policía, límites y topes al ejercicio de la libertad, cuando no exista la posibilidad de prestar el servicio según las reglas de la libre concurrencia;

f) esta idea guardaría armonía con lo propuesto por el nuevo artículo 42 de la Constitución Nacional en cuanto impone a las autoridades el deber constitucional de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados;

g) quedan excluidas, claro está, de ese principio desregulatorio, las prestaciones de naturaleza no económicas denominadas servicios sociales y asistenciales;

h) el principio constitucional de igualdad (art. 16, Const. Nac.) juega como una garantía de los usuarios para obtener igual trato jurídico y económico, sin discriminaciones, salvo los derivados de la distinta situación en que se presentan los usuarios; y se refiere tanto al acceso como al precio o tasa que percibe el prestatario<sup>25</sup>.

25. Es de advertir que esa posición puede ser objetada en distintos aspectos:

a) Es cierto que la Constitución de 1853 no preveía de modo específico la facultad (no la declaración de un derecho, sino la competencia) del Estado de disponer qué actividades industriales o comerciales podían ser consideradas y consecuentemente gobernadas como servicios públicos, pero salvo que se acepte una tesis totalmente restringida sobre el poder reglamentario de los derechos (arts. 14 y 28, Const. Nac.) como la que se siguió por ejemplo en *Fallos*, 137:212 ("Griet, H.S.", 1922) la falta de autorización constitucional expresa no puede entenderse como prohibición (art. 75, inc. 32, Const. Nac.).

b) Tampoco puede entenderse a la ley 23.696, dictada exclusivamente para una situación de emergencia, en el sentido de crear una "obligación privatizadora". Se trata más bien de una cuestión de conveniencia: su propio artículo 10 se enmarca en la línea de exclusión regulatoria, en los supuestos en que se considere necesario, es decir, queda a

<sup>25</sup> Para un desarrollo de esta concepción del servicio público: Casagor, J. C., "El servicio público y las técnicas concisionales", *L.L.*, 1985-C-1174, especialmente págs. 1176, 1176/1183 y 1188.

discreción del órgano legislativo y con base en ella del Poder Ejecutivo, determinar los supuestos y los modos de privatización.

c) Pero lo esencial es la inteligencia que se haga del principio de igualdad. Éste en el constitucionalismo moderno ha sido entendido como la necesaria respuesta para lograr que los derechos que se declaran o garantizan, no tengan eficacia sólo para algunos, es decir, para aquellos que en el campo económico pueden satisfacer sus necesidades por vía del mercado (art. 75, inc. 23, Const. Nac.).

De allí que sea obligación del Estado, como defensa de la dignidad de todos, poner a disposición también tales bienes y servicios, aun asumiendo su costo como un gasto público, financiado a través del presupuesto, cuando aquella eficacia del principio de igualdad no pueda ser cumplida de otro modo.

d) El principio de subsidiariedad debe ser entendido en relación con lo anterior, es decir, supone que la actividad económica de los particulares por la vía del mercado, permite satisfacer las necesidades que se consideran responden a la obtención del desarrollo humano imprescindible. Éste es un concepto indeterminado, aunque desde luego es inaceptable que sea sólo el funcionamiento de las reglas del mercado en libre concurrencia lo que decide la regulación pública, sino algo más profundo que es la efectiva satisfacción de las necesidades colectivas que hagan a la dignidad de la persona.

e) El artículo 42 de la Constitución Nacional crea nuevos derechos al usuario y al consumidor, no a los concesionarios de los servicios públicos, ni puede por ende ser entendido como que repliega el poder reglamentario del Estado. Más bien le impone obligaciones para hacer cumplir determinadas objetivos, en beneficio de los usuarios. No puede extraerse de él, entonces, la consecuencia contraria, es decir, impedir que el Estado asuma en virtud de una decisión justa y democrática, la gestión propia de un servicio que califica como público.

### III. MODELOS DE ESTADO. ATRIBUCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS EN MATERIA ECONÓMICA

26. Una vez analizado el problema económico y los modos de la actuación del Estado, para confrontarlos como se verá luego, a su regulación jurídica en el marco constitucional, es preciso el bosquejo de los tres clásicos modelos o tipos para afrontar el problema económico: por un lado el modelo de Estado liberal, por otro el modelo de Estado intervencionista y en el tercer lugar se ubica el modelo socialista ortodoxo. No se trata de explicaciones rigurosas, sino tan sólo de prototipos, líneas, tendencias; implica un proceso de síntesis para tratar de examinar brevemente cómo es el funcionamiento de los Estados.

27. *El modelo liberal.* De lo ya relacionado al examinar la evolución de las doctrinas económicas se colige que acá la fijación de las necesidades por satisfacer y los modos de satisfacción son decisión principal de un único protagonista que es el individuo, es decir que el problema económico es sustancialmente resuelto por particulares con los medios que disponen y de los que se apropian merced al reconocimiento del derecho de propiedad. Son éstos nusepes deciden qué bienes se producirán, cómo se van a combinar y en qué cantidad, los distintos factores productivos, en qué momento se utilizarán estos medios y quién recogerá los beneficios. Tal decisión resulta del funcionamiento de los distintos mercados, en los que se logra el más eficiente resultado.

Por eso mismo el Estado, aunque deba tener una participación necesaria para el mantenimiento de la vida en sociedad—tiene una función económica neutral, tanto en su actividad financiera satisfaciendo necesidades públicas estrictamente consideradas esenciales, como excluyendo acciones regulatorias y de control, porque cualquier interferencia en las definiciones eficientes del mercado disminuye la asignación óptima.

28. Este modelo, entonces, difícilmente admite el ejercicio del poder de policía en materia económica, aceptando la reglamentación de los derechos sólo por razones de moralidad, salubridad u orden público, pero rechaza su empleo con fines económicos. No es concebible regular, más allá de las operaciones con títulos públicos en el mercado abierto, la tasa de interés, ni otorgar líneas de redescuento, ni fijar el tipo de cambio, ni controlar precios ni salarios ni importaciones.

En cuanto a la actividad financiera, los gastos públicos deberán ser los menores posibles, pues el gasto interfiere en las decisiones de los particulares, de modo que la decisión de satisfacer muchas necesidades consideradas públicas, quiebren el cálculo económico eficiente, y la correcta asignación que se hace en el mercado.

Por eso el gasto debe ser lo mínimo indispensable, para la propia existencia del Estado, y estos gastos son los que tienen que ver con la seguridad interior, con la defensa externa y con el mantenimiento de los poderes del Estado para que éste pueda subsistir (Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo, la Administración Pública y servicios y necesidades básicas del Estado).

29. Los recursos se rigen por iguales reglas; deben ser lo más limitados posibles y utilizarse aquellos que provoquen la menor interferencia, al modificar los costos empresarios.

Desde el punto de vista de la economía moderna sólo hay tres clases de recursos posibles o esenciales, a los que incidentalmente podemos agregar un cuarto. Pero recursos que pueden ser permanentes hay sólo tres.

a) El sistema tributario, es decir, el conjunto de los impuestos, tasas y contribuciones. Consisten en un flujo de medios obligatoriamente obtenidos de los particulares. Este flujo está representado, desde el punto de vista jurídico, por el establecimiento de prestaciones de dar sumas de dinero, obligaciones *ex lege* (su base está en la ley).

b) El empréstito público, es un préstamo de consumo tomado por el Estado, y a diferencia del caso anterior, el flujo se produce por un acuerdo de voluntades, pudiendo tratarse de un préstamo interno o externo.

c) La emisión monetaria, o creación de moneda sin el correlativo incremento, en un primer momento, de los bienes que la respaldan. Como es el Estado el que fija el valor de la moneda, entonces puede emitirla para financiar el gasto público. La carta orgánica, en vigor, del Banco Central (Ley 24.144) impide utilizar los mecanismos jurídicos que la anterior preveía a estos fines, a los que se accedía con carácter permanente.

Cada uno de estos tres modos de financiar el gasto produce consecuencias distintas, que se examinan en su momento.

d) Todavía existe otro modo de financiamiento (no permanente), con recursos originarios: recursos que provienen del patrimonio del Estado, de sus bienes del dominio público o privado y de la venta de los bienes privados del Estado, como los provenientes del proceso de privatizaciones.

30. En el modelo liberal los impuestos deben ser los menores posibles, hay que acudir poco al patrimonio de los particulares, lo contrario reduce la posibilidad de decisión individual de éstos. Por ello se utilizan principalmente pocos impuestos proporcionales, con fines puramente recaudatorios, de modo que todos paguen de igual manera, para no alterar la situación básica de la cual se partió.

La curva de Laffer demuestra que existe un punto de inflexión a partir del cual son decrecientes los rendimientos de nuevas presiones de la tributación.

Salvo excepciones (derechos aduaneros), no puede haber impuestos con fines extrafiscales, que afecten la combinación de los factores que hacen los particulares, deben ser tributos neutrales.

31. En lo que atañe al crédito interno, ocurre que hay una transferencia de disponibilidades o medios de pago al Estado. Como esta transferencia depende del beneficio o utilidad ofrecido, incide sobre la tasa de interés, es decir, el Estado actúa en los mercados. Presiona en el mercado de capitales y se eleva la tasa de interés, desplazando las posibilidades de inversión privada.

Examinado desde la perspectiva o el momento de la deuda interna que se genera, también se produce otro fenómeno. El Estado entrega títulos públicos a determinadas personas tenedores nacionales que pasan

a ser acreedores por esos títulos públicos. Para pagar esa deuda que contrae éste deberá financiarla, debiendo imponer nuevos impuestos para el futuro para poder atender al pago y es posible que se produzca una distribución de riqueza desde los contribuyentes a los tenedores de los títulos públicos. Esa redistribución puede afectar los niveles de riqueza y la dirección de las expectativas de consumo e inversión privadas.

Para el empréstito externo se toman recursos del mercado externo, de modo que no se presiona en el mercado local de capitales y no hay efectos sobre la tasa interna de interés, salvo su baja originaria, ni se traspasan ahorros disponibles por los particulares nacionales.

Pero después, al vencimiento, hay que devolver esa moneda extranjera, pagando en la misma moneda, lo que condiciona la balanza de pagos. Luego se deberá exportar más para tener la moneda extranjera, o un nuevo financiamiento, aumentando la carga de los intereses internacionales.

32. El modo principal de emisión monetaria consistía, aparte de los redescuentos creadores de moneda, en los adelantos que el Banco Central realiza facilitando fondos a la Tesorería y se supone que estos fondos tienen que ser devueltos al Banco Central para su ulterior inutilización. Al existir una mayor cantidad de dinero y no una mayor cantidad de bienes, suben los precios de éstos (proceso inflacionario). Al producirse ese fenómeno se sostiene que la emisión monetaria actúa de forma análoga a un impuesto reduciendo el poder de compra de los particulares, por vía de desvalorización de sus tenencias monetarias.

33. Finalmente los recursos y los gastos se confrontan en el presupuesto. En el modelo liberal no se admite su desequilibrio, de modo que recursos y gastos deben emparejarse, pues un exceso de los primeros supone restar medios de los particulares que llevan a cabo una asignación eficiente, mientras que un exceso de los segundos, aparte de implicar una ampliación no admitida de los fines estatales, obliga a equilibrar el presupuesto mediante recursos no genuinos, es decir, no tributarios (deuda e emisión).

34. *El modelo intervencionista.* Este modelo aun manteniendo como en el caso anterior la apropiación de recursos en base al derecho de propiedad y el consiguiente funcionamiento de las reglas del mercado, responde a una filosofía diferente.

Se parte de las limitaciones del modelo anterior que deja librado a las propias fuerzas de los participantes en el mercado —salvo la legislación antimonopolio—, la fijación de las necesidades por cubrirse y los

beneficios que el proceso productivo genera, y desatiende así el concepto de justicia social o redistribución, cuyo logro se atribuye como función del Estado.

A ello se suma la necesidad de un intervencionismo técnico, es decir tendiente a mantener el equilibrio del sistema económico, principalmente a través de la fijación del valor de la moneda y la política anticíclica, así como la búsqueda del pleno empleo, para evitar los resultados indeseados a que conduce el manejo de las decisiones económicas sólo por los particulares. En especial, con respecto a los mercados, el Estado tiene que intervenir para asegurar un nivel de vida mínimo, o sea, el acceso y el grado de salud pública, de educación, y aun de la satisfacción de diversas y crecientes necesidades que son decididas por el propio Estado imperativamente, pues no se concibe que estos fines sean determinados por el mercado que deja afuera a importantes grupos y actores sociales que no pueden acceder a él.

Se amplía así el concepto de necesidades públicas, sea que fueran satisfechas directamente por el Estado o por la organización de medios privados bajo la responsabilidad de aquél, así como sus competencias o funciones.

35. En cuanto a la política de gastos y recursos públicos (política fiscal o de presupuesto), tiene que amoldarse a la nueva perspectiva; entonces el sistema tributario tendrá que ser reelaborado de alguna forma, no sólo con el fin de obtener mayores ingresos públicos (investigación sobre la presión tributaria) sino con la búsqueda de fines extrafiscales, o sea impuestos no ya (aunque sí también) para recaudar, sino para cumplir objetivos extrarecaudatorios, extrafiscales, porque esa intervención que hace el Estado también la hace por la vía de los impuestos. La estructura tributaria adquiere un sesgo de progresividad, o sea hace tributar más a quienes detentan mayor riqueza (capacidad económica) en relación con los que no tienen tanto, o presentan situaciones especiales, utilizando a tal fin los impuestos directos que permiten precisar mejor la capacidad contributiva y no impuestos indirectos que sólo dan un indicio de esa capacidad, por ejemplo a partir de las ventas o consumos, y que castigan por igual al pobre que al rico. En cambio, por el impuesto directo se puede apreciar cuál es la situación personal del contribuyente y establecer el tributo sobre la base de esa apreciación directa de su riqueza.

36. El modelo clásico sólo admite una suerte de regulación monetaria a través del empréstito público. Sucede que el Estado lo utiliza como una medida para intervenir sobre la tasa de interés, aumentando o disminuyendo la tenencia de títulos públicos (operaciones en el mercado abierto), de este modo se provoca respectivamente una disminución o aumento en la tasa de interés en el mercado de capitales.

Pero el intervencionismo puede utilizar el empréstito en el mercado interno como una forma de redistribución, observando quiénes son los tomadores de los títulos y quiénes los pagadores de los impuestos. Si son las mismas personas que tienen los títulos públicos y aquellos que pagan los impuestos, entonces lo que sale de un bolsillo va a parar al otro. Pero puede ser también que los títulos se coloquen entre los que tienen mayor capacidad económica e impongamos impuestos indirectos que gravan a toda la población. Se produce una redistribución al revés, los que menos tienen dan a los que más tienen (éste es un problema de las finanzas públicas que no desarrollaremos acá).

Pero la acción intervencionista normal mediante el empréstito, se vincula con la financiación de los gastos públicos, cuyo incremento es propio de este modelo y se conecta básicamente con el programa de obras públicas utilizado principalmente en la lucha contra el paro y la desocupación. Por otra parte, se acepta la emisión monetaria como recurso público, puesto que permite aumentar el gasto estatal y utilizar por apreciación del ya señalado efecto multiplicador y acelerador, factores desocupados aumentando el producto interno y por consiguiente la renta nacional que el mismo refleja. Quiere decir que un incremento originado en la base monetaria, suponiendo constante la velocidad de circulación de la moneda, puede reactivar la economía y la mayor producción de bienes y servicios y consiguiente retribución de los factores, y permite que esa ecuación entre bienes y servicios y la cantidad de moneda, logre un equilibrio en un nivel superior, suponiendo, como se dijo, determinadas situaciones (*carteris paribus*).

37. Es sabido que el presupuesto es una previsión sobre cuál va a ser la acción financiera pública. De allí, que su aprobación por el organismo del Estado que la determina, es decir, el Poder Legislativo, ha sido diseñada incluso en los textos constitucionales con rango de ley, por entender que no tiene un efecto interno sólo en la Administración al determinar la dimensión y contenido de los recursos y los gastos públicos. Es la imagen de la actividad financiera y también un modo de delimitar el poder, pues todos los años se autorizan y clasifican en él qué gastos se van a hacer y qué recursos va a utilizar el Estado, y por extensión cómo incide en el sistema económico.

En este modelo la ley ya no necesariamente tendrá que presentar un presupuesto equilibrado, como ocurre con el anterior. Habrá momentos y circunstancias en que sea conveniente un déficit para actuar contra el paro o evitar una recesión (déficit sistemático) en otros momentos será necesario mantener el equilibrio del presupuesto. Se trata según se ha dicho, de utilizar el presupuesto con un propósito operacional<sup>24</sup>, pero que

<sup>24</sup> Lazzaro, Marcelo, *Política...* cit., pág. 2. Este autor señala que para el premio Nobel de Economía J. Tobin, el déficit puede proceder no de un exceso de gasto, sino de la

de todos modos de la pauta de la dimensión del poder. También se sostiene que el presupuesto pasa a formar parte de un plan indicativo, no obligatorio para el conjunto de la economía.

Se ve así que aun utilizando iguales mecanismos, en este tipo de actividad financiera los recursos, el gasto y el resultado presupuestario cambian de dimensión y de objetivo.

38. Además, el modelo intervencionista tiene de común con el liberal el funcionamiento de los distintos mercados, es decir que sigue siendo la oferta y la demanda de bienes privados lo esencial del sistema económico. Pero la diferencia con el caso anterior es que si bien se mantiene el protagonismo de los individuos para poder desarrollar las relaciones económicas que consideren conveniente, por distintas causas interviene el Estado para modificar esas decisiones.

39. *El modelo socialista.* Hay aquí una diferencia fundamental con los anteriores y es que no está el régimen del mercado, o sea no funcionan los mercados libres, pues no está reconocido constitucionalmente el derecho de propiedad, que permite la disponibilidad de los factores de la producción y la fijación de sus precios. Las decisiones que se tomaban en los distintos mercados son sustituidas por un mecanismo que se denomina planificación centralizada y obligatoria. La propiedad por el Estado de los bienes de producción y la existencia de un poder de disposición del factor trabajo, permiten programar el conjunto de las actividades de la población, desapareciendo prácticamente y salvo supuestos marginales, la distinción entre sector público y privado de la economía. El plan da así respuesta al problema económico: qué es lo que se produce, quién va a producir, en qué momento, con qué combinación de factores y para quién será el beneficio de la producción.

Los dos modelos anteriores suponen el ejercicio del derecho de propiedad, del derecho de ejercer la empresa que se escaja, exige también un reconocimiento de la libertad contractual, que son la base para el funcionamiento del régimen de los mercados.

En este modelo, en cambio, el Estado establece las condiciones del proceso productivo y lo organiza de una manera obligatoria. Se sustituyen las decisiones del mercado por la planificación centralizada y obligatoria, que consiste en establecer cuáles son las metas o los fines que se desean alcanzar en materia económica y a su vez los objetivos y tareas

---

debilidad del sistema económico y del elevado desempleo, doctrina en suge también entre nosotros.

necesarias para obtener esas metas o fines (encadenamiento de fines y objetivos). También consiste en distribuir los distintos factores de la producción dentro de ese diagrama.

Entonces los dos aspectos concurrentes de la acción económica estatal señalados en este trabajo, el ejercicio del poder de policía y las regulaciones, por un lado, carecen de objeto, y la actividad financiera por otro, tiene un sentido totalmente distinto. Por empezar esta planificación es obligatoria y la actividad financiera queda reducida a un segundo plano, dado que se supone que las necesidades que son públicas, son cumplidas por los objetivos fijados por el plan. Pese a ello se cumple aquella frase del economista Keynes: "sólo hay dos cosas seguras: la muerte y los impuestos", porque aun en este régimen de planificación centralizada, existe un sistema tributario. Claro es que estos impuestos tienen un sentido distinto, lo que se busca es controlar que el plan funcione correctamente, que no se produzcan desequilibrios en ese plan y así existen impuestos a los negocios de las empresas, que son gravadas cuando aumentan las ventas por fuera de lo planificado, o incluso cuando tienen mayores beneficios que los esperados.

De modo que los impuestos sirven para ir controlando, durante su curso, que se cumplan los objetivos del plan: forman parte del control de gestión y permiten con otras medidas adecuar los objetivos a las circunstancias, incluso reprogramando los precios (los precios no son estipulados por el mercado, sino que surgen de contratos planificados). El control de gestión consiste en asimilar la información que se obtiene por éste y otros medios, y reciclarla, es decir, analizarla y reelaborar los objetivos originalmente fijados para adecuarlos a su nueva situación.

También existen gastos públicos, pues con el producido de esos impuestos lo que se hace es apoyar o robustecer los objetivos del plan que se consideren más necesarios, por ejemplo la educación. Pero todo esto funciona de manera subsidiaria, lo esencial es el funcionamiento del plan, y toda esa actividad financiera coopera y colabora con el desarrollo de ese plan, que a diferencia de la planificación sólo indicativa del modelo anterior, es obligatorio.

Es innegable que luego de la caída del régimen soviético, ha perdido interés el análisis exhaustivo del modelo socialista ortodoxo, siendo que los diversos países que lo seguían, han variado hacia formas más o menos próximas al modelo intervencionista, al reconocer la libertad económica y el derecho de propiedad en los medios de producción; claro es que con una intensidad variable. De todos modos desde los cambios en la Constitución soviética de 1977 había comenzado un movimiento para aglizar el funcionamiento del sistema económico y la correspondiente planificación<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Quiroga Lavín, H., "El orden económico constitucional", I.L., Actualidad del 28-VI-1988. Recuerdo que en 1983 surgieron los documentos críticos de la Academia de Cien-

#### IV. LA INSERCIÓN DE LOS DISTINTOS MODELOS EN LAS CONSTITUCIONES (EVOLUCIÓN DE LOS TEXTOS, LAS IDEOLOGÍAS Y LOS ACONTECIMIENTOS)

40. *El constitucionalismo llamado clásico.* Nacido al fin del siglo XVIII y en el XIX, se caracterizó por contener mecanismos para lograr el respeto de los derechos individuales frente a la acción estatal, objetivo plasmado tanto por la inclusión de una declaración de derechos, cuanto por la descripción de los procedimientos bajo los que se ejerce el poder, es decir que la parte dogmática y la organizativa confluyen a la misma finalidad de poner límites al poder.

La diferencia entre las formulaciones anteriores en el tiempo (Inglaterra, siglo XVII y española), con las declaraciones de los estados norteamericanos y las de la Revolución Francesa, consistió básicamente en que aquellas implicaron la confirmación de situaciones o derechos preexistentes que se aspiraba a mantener, y que, además, correspondían a agrupaciones o categorías particulares, que presuponian la existencia de un poder absoluto del gobernante que se pretendía limitar. Por el contrario, el constitucionalismo del siglo XVIII significó una propuesta más bien universal, un modelo para todos los pueblos, un proyecto dirigido a obtener el bienestar general por vía del respeto a la libertad.

Simultáneamente en materia económica los fundamentos y las conclusiones de las ideas clásicas llevaron al reconocimiento absoluto del derecho de propiedad, que en el orden de las relaciones privadas plasmó luego en el funcionamiento libre de la oferta y la demanda de los bienes apropiables, así como la libertad contractual en todos los órdenes, derribando incluso la reglamentación de las corporaciones que afectaron las relaciones laborales.

No es casual así que esa correlación en el tiempo influenciara en los textos de las declaraciones de derechos. Sin embargo, de esa sincronía no sería dable colegir una igual coincidencia en el tiempo entre los ideales del liberalismo político y las ideas propias del liberalismo económico, pues el primero es anterior al absolutismo<sup>40</sup>.

En ese marco, la acción estatal, como encarnación de un poder cuyo antecedente fue la monarquía y el absolutismo, resulta desechable, en cuanto imponía límites a la libertad y los derechos. Previamente como es

cito arcaica (Papeles de Novosibirski, antecedentes de las medidas adoptadas en la praxística).

<sup>40</sup> Vid. Barthelemy, Eduardo, "Problemas actuales de la justicia distributiva. [El liberalismo político y el liberalismo económico deben necesariamente estar consustanciados]", *R.D.*, 9-1-1996.

sabiduría institucionalización del Estado de Derecho produce la sumisión del propio Estado y de su Administración, a las normas jurídicas dictadas por los órganos competentes, de modo que sólo éstas constituyen el fundamento racional de la obligatoriedad (art. 19, Const. Nac.). Ésta no surge ya en nombre del rey sino de la ley.

La noción de servicio público como obligación a cargo del Estado, quien determina los emprendimientos respectivos, así como su gobierno, era desconocida en el marco de las competencias de un Estado cuyas acciones debían más bien limitarse o circunscribirse a las esenciales: defensa exterior, seguridad interior, administración de justicia y poder de policía reglamentadora de los derechos sólo para el mantenimiento del orden, la moral y la salud pública. Su desarrollo es muy posterior, recién en el siglo XX.

41. *La tensión entre Constitución y realidad social.* Durante el siglo XIX el problema de la contradicción entre libertad y Estado se solucionaba básicamente del siguiente modo: para el liberalismo o constitucionalismo llamado burgués, la observancia de la ley es la condición necesaria para la libertad; por otra parte existe el derecho a una igual libertad, que es tácito supuesto de toda ley. Desde 1848 existe la tendencia de considerar como Constitución, al documento formalmente escrito, pudiendo decirse que a partir de 1880 todos los países europeos, a excepción de Rusia, poseían una Constitución<sup>29</sup>.

Otro costado del pensamiento está reflejado en la idea hegeliana del Estado-Nación, como liga de intereses y servicio de medios o necesidades; se le desliga del pueblo y conduce a la centralización igualadora, y la unidad de la economía y del Derecho.

El manifiesto socialista de 1848 proclama que la estructura social se ha de fundamentar sobre la producción económica, formando el determinismo histórico la conciencia de una inevitable transformación.

También por su lado el nacionalismo avanza sobre la vieja idea de la indigencia de los pueblos, como situación que debe ser superada.

42. Estas ideas necesariamente debieron influir sobre la estructura del constitucionalismo clásico y los modos de interpretar sus disposicio-

<sup>29</sup> Baeza, Juan, *Historia de las Doctrinas Políticas*, Aguilar, Madrid, 1948, pág. 345. Si bien la doctrina del contrato social predispone favorablemente para la ordenación en forma escrita, fue el autor del *Esprit de Lois* (Montesquieu) quien sistemáticamente de tal manera los elementos observados en la tradición inglesa, que no se trata sino de propia teoría en la que se inspiró el movimiento constitucional europeo (pág. 405). También se dio la llamada *Revolución americana* (pág. 368) que se liga al constitucionalismo y se anticipa al desarrollo europeo, no sólo de América del Norte, sino también del Sur (pág. 368).

— *no se admitirán cambios de estructura de poder. Hay así una conexión entre Constitución y la estructura social, que no es mecánica ni asume el ribete de dependencia pues aquella también es capaz de actuar sobre la última, como un programa que debe aplicarse; pero no es menos cierto que sin necesidad de cambio radical de la Constitución, o reforma expresa de sus disposiciones, la alteración de la estructura social produjo mutaciones de aspectos parciales<sup>20</sup>.*

Al respecto es conocida la tesis que señala que frente al Estado liberal, la manifestación práctica resultó ser el intervencionismo administrativo o lo que es semejante, que los principios de la teoría clásica en materia económica, y por consiguiente, su reflejo en el constitucionalismo liberal o burgués, nunca fueron verdaderamente aplicados o no lo fueron en su totalidad<sup>21</sup>.

Ello necesariamente demuestra la existencia de apartamientos o mutaciones constitucionales, circunstancia que seguramente en periodos posteriores (siglo XX) lleva a preferir constituciones de textos más genéricos y de contenido neutral, que permitan adoptar y recoger la realidad social de signo muy dispar.

43. *La segunda generación constitucional.* Se cita como una inflexión en el constitucionalismo clásico la admisión de ideas sociales desarrolladas a partir de la segunda mitad del siglo XIX, pero sobre todo luego de la primera posguerra. En este sentido resultan entromizadores del ideario intervencionista, la Constitución de México (5-II-1917) y la alemana de Weimar (1919). Este enfoque se hace naturalmente dejando de lado lo ocurrido frente al modelo socialista ortodoxo, fundante de la Constitución soviética de 1918 y las de países complementarios, y está bien esa exclusión pues como ya se ha dicho este sistema resulta un marco jurídico del todo diferente, al desconocerse el derecho de propiedad sobre los medios de producción, lo que implica la inexistencia de mercados en el sentido tradicional.

<sup>20</sup> Gerardo Peláez, *Manual, Derecho Constitucional Comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1967, pág. 125. Señala este autor que desde el punto de vista político se da este fenómeno, por ejemplo en el cambio de apreciación del sufragio o el declinar de la Cámara de los Lores en Inglaterra. Se advierte así la diferencia entre reforma constitucional, y mutación constitucional —distinción atribuida a Leiberd (1895), en la que permanece invariable el texto, pero se da una incongruencia entre las normas escritas y la realidad jurídica constitucional (pág. 137).

<sup>21</sup> Quiroga Lavé, H., "El orden...", cit., *L.L. Actualidad*, 28-VI-1968, con cita de Basols Cama, M., *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid, 1962, pág. 25.

La característica de esas constituciones es que tratan de modo específico el problema económico, a diferencia de las anteriores, y parecen pronunciarse por la necesidad de la intervención estatal.

44. De las dos constituciones antes mencionadas, la que ha exhibido divulgación ha sido la de Weimar. Releyendo la Constitución mexicana de 1917, y teniendo en cuenta su extensión, así como la índole de sus disposiciones, se explica ese aparente olvido, pues algunas de ellas no dejan de ser sorprendentes —como las referidas a las asociaciones religiosas y en general al régimen de la propiedad de las tierras, su ocupación y expropiación y la llamada reforma agraria, art. 27— y que, en algún caso, hasta podría considerárselas hoy discriminatorias. Pero dejando de lado esos aspectos que indudablemente conducen a negar el calificativo de neutral, la Constitución mexicana de 1917, en cuanto aquí interesa, tiene también la doble característica de contener una declaración de derechos y la organización del poder. Pese a ello se agrega una apreciación especial por las atribuciones otorgadas al Estado incluso en materia tributaria (art. 32); el régimen dominial de la propiedad que es atribuido a la Nación, que tiene el derecho de transmitir el dominio a los particulares, constituyendo así la propiedad privada (art. 27) y el tratamiento de los monopolios de todas clases incluidas las situaciones que generen ventajas exclusivas indebidas en favor de una o varias personas, con perjuicio del público en general o de alguna clase social (art. 25) excluyendo de esa connotación a las asociaciones de trabajadoras. También incluye un título específico (el sexto, art. 123) sobre el trabajo y la previsión social.

Se colige así la diferencia sustancial entre esa Constitución y las catalogadas como clásicas, liberales o burguesas, y aun con la configuración del propio Estado de Derecho, puesto que si bien pone al Estado bajo el imperio jurídico, la configuración de los derechos de los particulares no deja de ser muy peculiar.

45. Muy distinto es el contenido y la estructura de la Constitución de Weimar —que sucedió a la monárquica de Bismarck— y que fue considerada como verdadera Constitución por contener decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo alemán, referidas a la democracia, a la república, a favor del Estado liberal de Derecho, con sus principios, derechos fundamentales y división (no separación) de poderes<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Schmidt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 27, 33 y 35. Schmidt señala que presentaba una reunión de programas y principios positivos basados en distintos contenidos y convicciones políticas, sociales y religiosas: garantías individuales de libertad personal y propiedad privada y puntos de programa socialista que reflejaba auténtica contraposición de clases vigentes a la sazón despatchados

Como otras constituciones basadas en el individualismo, contiene una decisión en el sentido de la libertad clásica: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, de industria y comercio, etcétera; pero aquí particularmente el Estado aparece como servidas, no sólo custodio de los derechos, lo que comienza a ser un cambio notable.

Está, como los precedentes anteriores, presidida por dos principios: el de *distribución* (libertad del individuo, ilimitada en principio, y facultad del Estado para invadirla, limitada) y el de *organización* por la división del poder estatal que se encierra en un sistema de competencias circunscriptas<sup>31</sup>.

También es característico del Estado de Derecho el excluir injerencias en la esfera de la libertad individual según una ley, es decir que la Administración está sometida por la reserva o preeminencia de la ley (Mayer y la independencia judicial, aun en las causas contra el propio Estado)<sup>32</sup>.

De allí deriva el principio de que la ley no es el límite para un accionar amplio de la Administración, sino que es el requisito o condición habilitante.

46. La Constitución de Weimar (14-VIII-1919) contiene la declaración de derechos y deberes fundamentales de los alemanes, la inviolabilidad del domicilio, secreto de correspondencia, libertad de asociación, propiedad privada, junto a nuevos postulados. Se ha señalado así que los derechos reconocidos de coalición o de huelga no son ya derechos de libertad en el sentido del Estado liberal de Derecho, pues cuando un grupo social logra que le dejen actuar de ese modo, la libertad ya no significa actuación ilimitada del individuo, sino el libre aprovechamiento de la fuerza social mediante organizaciones sociales<sup>33</sup>.

---

sólo bajo la fórmula de un compromiso. Pese a que se le atribuyó un carácter mixto o un grado intermedio entre las concepciones burguesas y socialistas, y a que valga como programa una serie de ofertas sociales, no se extrajeron consecuencias políticas específicas de los principios del socialismo, rechazándose expresamente la adopción de una Constitución de tipo socialista, y aceptando un cambio la forma política y los principios del Estado de Derecho.

<sup>31</sup> Schmidt, C., *Teoría...*, cit., pág. 147. Es el mismo principio que el del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y del art. 3º de la Declaración de Derechos de Virginia 1776.

<sup>32</sup> Es muy interesante acá el análisis que sobre esta hace McEwan, Charles H., *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, Nota, Buenos Aires, 1958, en el que plantea el problema, que sigue siendo actual, entre los límites del Derecho y la voluntad soberana (pág. 170), es decir, la antigua distinción entre *ius cogens* y *gubernaculum* o *ius de Estado*, que se manifiesta en la no aceptación de la revisión judicial para decretados estos de gobierno, por caso, la declaración de emergencia (pág. 14 y nota 6).

<sup>33</sup> Así lo sostiene Schmidt, señalando que en muchos artículos de esta Constitución los derechos reconocidos son sólo garantizados "dentro de los límites" o "con arreglo" a la

También están enumerados derechos del individuo a prestaciones positivas del Estado (derecho al trabajo, a la asistencia y socorro de las familias; a la educación, formación e instrucción). Se ha interpretado que estos nuevos derechos no presentan igual estructura que en la concepción actual: presuponian una organización estatal a la que debía incorporarse el individuo, vale decir que son condicionales pues ha de mediar su incorporación. En una palabra, no guardan identidad con otros derechos considerados fundamentales<sup>26</sup>.

47. *El Estado social de Derecho* A las dificultades de adecuación sucedidas bajo el imperio del constitucionalismo clásico, que sufrió como se indicó antes, la inflexión hacia opciones sociales tanto en la modulación de la declaración de derechos como en la acción del Estado, admitiendo —como en el caso de Weimar o la Constitución de México— la existencia de derechos llamados sociales o derechos de prestación a cargo del Estado, se sumó una nueva inflexión provocada por acontecimientos específicos como la Segunda Guerra Mundial y la depresión de los años 1929-1930, así como la instalación del colectivismo soviético. El enfrentamiento del constitucionalismo con la crisis del Estado de Derecho —que aparecía insuficiente para obtener el principio de igual libertad— y los regímenes políticos de signo totalmente diverso, como el fascismo, llevan a acuñar la idea del Estado social o Estado social de Derecho, expresión atribuida a Herman Heller<sup>27</sup>.

Esa idea está reflejada en las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como la italiana de 1947 y la de Alemania Federal del 8-V-1949. Esta última, aparte de las declaraciones de derechos (art. 2/19) enuncia de modo expreso que la república que instaure es "un Estado federal, democrático y social" (art. 20, punto 1).

48. Es precisamente por ello que se ha entendido que esa Constitución refleja la concepción económica entonces predominante, la inspirada

---

ley libertad de comercio e industria, intercambio económico; incluso la propiedad por su contenido y límite resultan de la ley (pág. 153), que no es igual a la inevitabilidad, a discrecionalidad del dominio.

<sup>26</sup> Schmidt, C. *Teoría...* cit., pág. 196. Es clásica la distinción entre derechos de primera generación o fundamentales, de segunda generación (sociales y económicos) y aun de tercera, como los ambientales y los del usuario y consumidor.

<sup>27</sup> Así lo indica García Pelayo, M. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Aguilar, Madrid, 1982, citado por Carrón, Walter, "Una visión introspectiva del nuevo control de constitucionalidad colombiano", E.D., 148-932. En el mismo sentido Stein, L. *Derecho Público*, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 189.

en la economía social de mercado como procedente del llamado neoliberalismo<sup>38</sup>.

Es conocida la posición del Tribunal Constitucional Federal que declaró que la mencionada Constitución adhiere al principio de la neutralidad en materia político-económica<sup>39</sup>, en el sentido de que no se enlaza en una política determinada. Precisamente por ello es que estas constituciones por su amplitud permitieron afirmar políticas económicas de signo contrario, desde opciones socialdemócratas, hasta opciones liberal-clásicas.

El legislador de tal régimen debe instaurar un orden económico cuya base consista en la igualdad jurídica y en la igualdad real, haciendo posible para todos el más amplio desarrollo de la personalidad. Aparece por consiguiente como principio no discutido, el de que el Estado social se define por establecer obligaciones sociales a cargo del Estado, el que puede ser compelido a su cumplimiento.

49. *La obligación social del Estado.* La definición de Estado social de Derecho no resulta directamente de los textos constitucionales, debe ser extraída de la inteligencia de sus normas. Se ha señalado con acierto que no implica quitar algo del concepto clásico de Estado de Derecho (como conjunto de mecanismos de garantía efectiva de la libertad y los derechos) sino agregarle algo más, o sea, otorgarle no sólo un contenido formal, sino sustancial<sup>40</sup>, que no es otro que garantizar el respeto a la dignidad humana, y su perfeccionamiento, es decir, la búsqueda del orden social justo.

Esta idea coincide plenamente con el desarrollo que formula Stein<sup>41</sup> a partir del contenido histórico de ese concepto, o sea, la imposición en las cartas constitucionales modernas, de una obligación a cargo del Esta-

<sup>38</sup> Stein señala como representantes de esa escuela a W. Eucken, y a F. Böhm como transportador al plano jurídico ese tipo de economía. De todos modos indica que la Constitución de Bahen fue entendida por otros escritores de manera dispar, como instaurando un orden económico mixto (Hauer), o aun como reclamando un régimen que garantice la economía social de mercado (Ehrlich). Stein, *L. Derecho...*, cit., pág. 185.

<sup>39</sup> Sentencia del 26-VI-1974. Stein destaca que con arreglo al art. 15, incluso sería factible la expropiación de medios de producción, pues se admiten allí fines de colectivismo de la tierra, el suelo, los espacios naturales y los medios de producción pero bajo la reserva de ley. Ahora este autor que esta posibilidad no se tuvo seguramente a la vista al promulgar la ley fundamental (pág. 188).

<sup>40</sup> Carrara, Walter, "Una visión...", cit., quien referencia la elaboración de la Corte Constitucional de Colombia respecto de la Constitución de ese país de 1891. Adicionalmente la opinión coincidente de Sánchez Agesta, Luis (*El Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1980, pág. 42), en el sentido de que social implica una calificación de los fines que el Estado debe asumir, que parece ser un mandato para el legislador y los jueces.

<sup>41</sup> Stein, *L. Derecho...* cit., pág. 188.

do, a la que se suma su rol para conseguir una cohesión social en los derechos fundamentales.

Con respecto a lo primero, esa obligación se da en el marco de necesidades sociales que deben ser fijadas y atendidas directamente por el Estado; y también encargándolo de custodiar el funcionamiento de la economía en su conjunto. Coincidentemente pasa a ser misión del Estado la necesidad de imponer límites jurídicos a empresas económicas, subordinando el principio de máxima ganancia al de cobertura de las necesidades, pues el reconocimiento de la renta se basa en la simultánea satisfacción de las necesidades sociales<sup>42</sup>.

Por consiguiente se inserta aquí la consigna de que el individuo no es sólo objeto de una posible actividad del Estado, "sino portador de derechos propios en cuanto participa de la comunidad estatal. Mientras que, en un principio, el auxilio social fue concebido exclusivamente como una obligación de quien debía prestarlo, sin atribuir un derecho correspondiente a los necesitados, ahora, por el contrario, del principio del Estado social se deriva, sobre todo, tal derecho. Esto mismo es aplicable a las demás prestaciones del Estado"<sup>43</sup>.

La otra conclusión (conexión social de los derechos) se refiere a que el propio Estado social se dirige a evitar que por aplicación de la filosofía del Estado de Derecho (liberal), todos los derechos fundamentales sean atribuidos del mismo modo, sin tener en cuenta la distinta situación social de los afectados. El Estado social en cambio garantiza tales derechos pero en un orden social de libertad e igualdad, lo que significa reformar la protección jurídica de los débiles y reducir la de los poderosos, vigilando la libertad de estos últimos para que su ejercicio no conduzca a una carga sobre los otros. De esta manera, la igualdad formal del Estado se sustituye por una igualdad material<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Este tema remite al principio del beneficio social, analizado por los heredistas como causa del tributo, que es un instrumento de redistribución.

<sup>43</sup> Stein, L., *Derecho...*, cit., pág. 190.

<sup>44</sup> Stein, L., *Derecho...*, cit., pág. 191. Este autor describe con toda precisión la diferencia entre uno y otro concepto del Estado: "En el Estado de Derecho liberal, todos los derechos fundamentales tenían formalmente la misma posición jurídica, sin referencia a la situación social de los afectados. En el ámbito de la economía, los derechos fundamentales se refieren a la protección de la propiedad y a la libre competencia. Teóricamente, ambas estaban a la disposición de todos en igual medida, sin dar importancia al hecho de que la empresa no tuviese en propiedad objetos de valor estimable ni estuviese en situación de realizar actividades empresariales. Lo mismo puede decirse de la libertad de contratación, esto es, del derecho de cada cual a celebrar los contratos que le sean más favorables. Este derecho se concedía por igual al hambriento como al panadero que disponía de la última provisión de pan en una situación de necesidad; a los parados como al empresario que disponía de los puestos de trabajo. Al Estado le resultaba indiferente que se burlaran del hambriento cuando pedía pan a un precio moderado, o del parado cuando reclamaba trabajo en condiciones adecuadas. Ambos tenían el derecho de concertar contratos que les fue-

Se construye entonces el concepto histórico del Estado social, como el sistema que adopta mecanismos jurídicos efectivos para hacer realidad el principio de igualdad para todos, compatibilizando por ende la libertad con la igualdad en la búsqueda del perfeccionamiento de la persona humana bajo un orden social justo<sup>45</sup>.

50. *El Estado subsidiario.* Frente a lo señalado existe importante doctrina que, reexaminando las funciones del Estado aprecia la existencia de un nuevo modelo: el del Estado subsidiario proveniente de la quiebra del Estado de bienestar, que correspondió a las funciones intervencionistas acordadas bajo la doctrina del Estado social de Derecho, concepto este último que debería revisarse. Para ello el fundamento de la intervención estatal en el plano económico y social está dado por el principio de subsidiariedad<sup>46</sup>, característico de la economía social de mercado, cuyas bases son la libertad y competencia propias del Estado subsidiario bajo el cual toda injerencia debe ser subordinada y sólo puede tener lugar cuando el individuo, las comunidades internacionales y las asociaciones no están en condiciones de solucionar los problemas existentes.

Incluso se sostiene que esa versión se ha dado frente al atraso del derecho constitucional positivo en las naciones europeas, y que fue compensado con el adelanto de algunos aspectos en el derecho comunitario<sup>47</sup>.

ses favorables y a ellos correspondía ver cómo lo lograban. Esta concepción liberal de los derechos fundamentales los convirtió en derechos de las minorías dominantes, permitiéndoles desarrollar plenamente su poder social”.

<sup>45</sup> No otra es la doctrina que considera ejercicio del poder de policía «lícito conceder a los trabajadores remuneraciones que les aseguren un nivel de vida adecuado (art. 14 bis, Const. Mex.) “toda vez que cuando la libertad de contratar entra en conflicto con la libertad contra la opresión, ésta debe prevalecer sobre aquélla, porque así la requieren los principios que informan un orden social justo” (CSJN, “Práctico”, 20-V-1960, Fedico, 246843, com. 7). Tal doctrina reproduce la opinión del juez Hughes de la Suprema Corte de EE.UU. en “West Coast ex. Parrish” (350 US 379).

Como destaca Eldart Campos, parece irrefutable que la libertad económica forma parte de la libertad indivisible, pero es también necesario computar la igualdad al lado de la libertad, para que la libertad económica no rinda beneficios solamente sectarios (Tratado... cit., nota 3, pág. 187).

<sup>46</sup> Vid. Casagrea, J. C., *La Intervención...*, cit., págs. 111, 114 y 120.

<sup>47</sup> En rigor el Tratado de la Unión Europea formula el principio de subsidiariedad desde una perspectiva que no guarda relación alguna de cara al vínculo entre el Estado y los individuos, pues se refiere a la distribución de competencias entre la comunidad —que sólo interviene, conforme a ese principio, en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros— y éstos últimos, pero nada se agrega a la oportunidad en que haya de actuarse y la intensidad de esa actuación sobre los derechos de los particulares. Lusa, J. V., *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, pub. de la Comisión Europea, pág. 103.

Pege a lo argumentado, no parece que lo señalado haya tenido una aceptación semejante en el derecho positivo. En particular en lo que hace a nuestra Constitución Nacional la inclusión de un capítulo sobre nuevos derechos (arts. 41, 2do. párr., y 42, 2do. párr.) y al incorporar como obligación estatal propia la conducente al desarrollo humano (art. 75, inc. 19) que se agrega a las disposiciones de los artículos 14, 14 bis, 28 y 75, incs. 18, 23 y 32, no parece fácilmente compatible con la definición de un Estado subsidiario.

51. *Las demás constituciones europeas de posguerra.* La Constitución francesa de 1946 (reformada en 1958) agrega, junto a los derechos clásicos, otros considerados generalmente como sociales, de los que de todos modos se había sostenido que estaban implícitos con anterioridad (Duguit), e incorporó además formas de sujeción de la economía del Estado, aunque se ha considerado que sus principios van apenas más allá de la Constitución de Weimar que se había explicado también como neutral. Pero esta Constitución define concretamente a Francia como una república democrática y social (art. 1<sup>o</sup>), lo que si bien se interpretó en algún momento como que es un término impreciso<sup>48</sup>, se refleja no solamente en la enunciación de los nuevos derechos, sino en la posibilidad de considerar propiedad de la colectividad las empresas cuyas explotaciones tengan o adquieran los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho (preámbulo). Por otra parte la creación del Consejo Económico permite la variada participación de grupos sociales para decidir las prioridades económicas.

En ese mismo sentido se orienta la interpretación del principio de igualdad (material) del artículo 3<sup>o</sup>, 2do. párrafo de la Constitución italiana (1947), trasunto de la cláusula del diputado Collie Basso<sup>49</sup> conforme a la cual se encarga al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación en la organización política, económica y social del país.

La Constitución española de 1978 reafirma la primacía del valor constitucional de la dignidad de la persona humana y su consecuencia, que es el desarrollo integral. En cuanto a la relación libertad/igualdad, a los fines que nos ocupan, es encuadrada en el concepto —análogo a lo ya explicado— del Estado social y democrático de Derecho “que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Es en base a esa enunciación que debe entenderse el principio de libertad de mercado (art. 38).

<sup>48</sup> García Felayo, M., *Derecho...*, cit., pág. 406.

<sup>49</sup> Fernández Segado, F., “La teoría...”, cit., pág. 369.

32. Para concluir estas nociones introductorias se podrían resumir los planteos anteriores señalando que el tránsito entre el Estado de Derecho o Estado liberal de Derecho hacia el Estado social de Derecho, supone una nueva concepción del principio de igualdad, que se manifiesta en la admisión de nuevas funciones por parte del Estado que a su vez pueden ser entendidas como derecho para quienes son objeto de su ejercicio. En tal sentido es compartible la conclusión de que el nuevo inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional señala con claridad la adopción de los principios del constitucionalismo social, imponiendo al Estado medidas de acción positiva<sup>30</sup> y otorgando la garantía en caso de omisión (art. 43, 1er. párr.: recurso de amparo), siempre dentro del marco de lo que sea razonable (art. 28, Const. Nac.).

Ello implica atribuir interés jurídico a la satisfacción de determinadas necesidades de contenido económico, siendo menester examinar el grado de operatividad de los derechos que la atribución de tales funciones suscita.

Por la misma razón parece que el Estado queda habilitado a adoptar los mecanismos pertinentes que pueden incluso, requerir la limitación de ciertos derechos individuales contrapuestos a esos fines. Se vuelve a plantear así la confrontación de intereses fundante de la facultad reglamentadora de los derechos, entendiendo a éstos como no absolutos, pero tampoco como frustrables o postergables discrecionalmente.

La pregunta final es: ¿existe contradicción entre los nuevos fines atribuidos al Estado en las constituciones modernas, abandonando el neutralismo, y los derechos clásicos que declaran o reconocen también esas constituciones?

El derecho constitucional económico que describe por ejemplo la Constitución de 1994 debe sin duda dar las respuestas, pero ello exige un grado de desarrollo que recién se insinúa en estas hojas, que sólo pretendieron reunir elementos para construirías.

<sup>30</sup> Bidart Campos, G., *Tratado...* cit., T. VI, pág. 378.