

Título: La regulación en el estado de emergencia

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: RDA 2020-130, 101

Cita: TR LALEY AR/DOC/2156/2020

Sumario: I. El dinamismo del derecho público y su proyección en las concepciones sobre la actividad administrativa.— II. Las transformaciones del derecho público: el Estado regulador y garante.— III. Sobre las materias objeto de la regulación.— IV. El estado de emergencia y sus límites.

(*)

I. El dinamismo del derecho público y su proyección en las concepciones sobre la actividad administrativa

En el desarrollo dinámico que ha caracterizado al derecho administrativo no suele ser común el análisis de las teorías prevaecientes con el objetivo de comparar las nociones que han ido asentándose a través de los años sobre las funciones del Estado y la actividad administrativa con la realidad que exhibe actualmente el derecho.

En América, sobre todo, hay quienes siguen utilizando antiguas categorías jurídicas como la del Poder de Policía, calificada de arcaizante (1), para aplicarlas a los problemas que se presentan en el mundo jurídico contemporáneo, sin tener en cuenta las diferencias de régimen jurídico, particularmente de los principios y de las nuevas técnicas que han surgido como consecuencia de los profundos cambios que se han operado en las relaciones entre la sociedad y el Estado.

Se trata, en efecto, de un cambio radical. De custodio del orden público y guardián de la seguridad, pasando por la posición de titular y gestor de la casi totalidad de los servicios que satisfacen necesidades públicas, el Estado, sin abdicar las funciones que tradicionalmente venía cumpliendo se ha convertido, esencialmente, en un Estado regulador y garante, que establece reglas y controla, en forma permanente y prolongada, la colaboración de los particulares en esas funciones, promoviendo, en el plano económico, la competencia en los mercados e impidiendo los excesos de los monopolios naturales (2), sin perjuicio de su intervención en el campo social.

En la evolución de las teorías que dominaron el derecho administrativo del siglo XIX sobresalen dos concepciones vinculadas estrechamente al concepto de poder público: la teoría francesa de la soberanía (desarrollada por Carre de Malberg) y la alemana del poder público (consolidada en la obra de Otto Mayer).

La similitud de ambas concepciones radicaba en la posición neutral que asumía el Estado en sus relaciones con la sociedad y sus componentes, principalmente en materia económica, así como en la finalidad de su objeto, focalizado en el mantenimiento del orden y de la seguridad pública. En esa etapa histórica, la actuación del Estado, en materia de policía, estaba gobernada por las ideas del absolutismo y los derechos públicos de las personas no surgían de las leyes ni del derecho natural sino de la autolimitación del propio poder estatal al que los ciudadanos estaban vinculados por un estricto deber de obediencia. La situación de los derechos privados era diferente ya que, en ese escenario, regían las reglas de los Códigos Civiles y las consecuentes garantías que protegían esos derechos ante los jueces.

Desde luego que la tónica apuntada fue la línea general seguida por las concepciones europeas del poder público ya que, por diferentes razones, no se puede desconocer que el Estado intervino en el campo económico, aun cuando esas intervenciones eran excepcionales y muchas veces transitorias o esporádicas.

Pero ambas teorías sucumbieron, total o parcialmente, debido a distintas causas. La crisis de la concepción de la policía administrativa tuvo mucho que ver con la ampliación de la actividad estatal pues, al extenderse la intervención del Estado al ámbito de la economía privada, surgieron las policías especiales cuya regulación no podía llevarse a cabo solo con las técnicas de las medidas restrictivas de los derechos y conductas propias de la policía administrativa.

Las categorías clásicas abstractas que componen la estructura de las instituciones administrativas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de la Administración (reglamentos, actos administrativos, contratos de la Administración, etc.) al igual que las formas de acción que utilizaba la antigua policía (órdenes, autorizaciones, coacciones y sanciones) integran actualmente el conjunto de los poderes de regulación (3), que actúan en la prosecución de otros fines como son la promoción de la competencia, o la apertura de nuevos mercados, o el ingreso de nuevos operadores a los sistemas de red y la prestación de servicios de interés general para la comunidad (4). De ese modo, p. ej., la autorización ha pasado a ser una figura clave en la regulación ya que, lejos de limitarse a levantar una condición puesta para el ejercicio de un derecho existente, se convirtió en una figura constitutiva de derechos que antes no existían ni estaban prohibidos, asumiendo un papel protagónico en la valoración de los riesgos, razonablemente permitidos (v.gr. el riesgo ambiental) (5), que no son los llamados riesgos cero.

Con todo, al ser incorporada a la teoría de las formas de la actividad administrativa por Jordana de Pozas, la noción de policía en España subsistió por algún tiempo hasta ser reemplazada por la teoría elaborada por Santi Romano de los actos de gravamen que, como es sabido, fue uno de los grandes cambios que, en su momento, introdujeron García de Enterría y Fernández, seguido por buena parte de la doctrina española.

Paralelamente, en Francia, la teoría de la soberanía fue desplazada por la concepción del servicio público que, originada en Hauriou, alcanzó su máxima teorización bajo el signo socialista que le imprimieron Duguit y la escuela de Burdeos, que aun cuando tuvo el mérito de haber diseñado el régimen jurídico del servicio público, dio base para justificar las posteriores nacionalizaciones de dichos servicios, clausurando el ciclo caracterizado por la gestión privada de los servicios.

El poder público constituía (junto con el servicio público) uno de los elementos de un derecho administrativo, integrado por una serie de poderes que primero fueron calificados de exorbitantes y, más tarde, como parte de un régimen administrativo integrado, conjuntamente, por prerrogativas y garantías que vinieron a compensar el ejercicio del poder público, originándose un sistema bastante equilibrado de protección de los derechos de las personas y empresas, cuya construcción ha sido obra fundamental de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Al fracasar el Estado, como gestor y empresario en toda Europa y en Iberoamérica, se abrió el cauce para el desarrollo de un nuevo derecho administrativo. Sin llegar al extremo de la tesis sostenida por la doctrina alemana, en el sentido de que el derecho administrativo se resume en la idea de regulación, es evidente que esta categoría, junto a la del servicio público, ha venido a constituir uno de los paradigmas centrales de la actividad administrativa, siendo una noción que define la función del Estado, a raíz de los procesos de privatización o liberalización de la mayoría de los servicios públicos y actividades de interés general ocurridas en el mundo, al menos en los países que practican los principios de una economía libre o social de mercado y mantienen los postulados de un Estado de derecho, regido por normas y principios objetivos fundados en las leyes y no en la voluntad de los gobernantes. Entramos, así, en el Estado regulador y garante [\(6\)](#).

II. Las transformaciones del derecho público: el Estado regulador y garante

II.1. Un nuevo modelo de Estado

Es sabido que, tanto en América como en Europa, el Estado de derecho decimonónico, basado en las ideas del liberalismo político y económico, fue parcialmente solapado por otro sistema, que puso el acento en lo social a través de una Administración de carácter prestacional, que culminó con el reconocimiento de los llamados derechos de tercera generación.

Mientras ese modelo de Estado social de derecho (basado en la concepción de Heller) acentuó el papel del Estado en la configuración y protección de los derechos sociales y en las prestaciones debidas a los ciudadanos, en estos últimos años ha surgido un nuevo arquetipo en el que la Administración, en definitiva el Estado, sin abandonar los objetivos antes señalados, se repliega del plano de la gestión de aquellos derechos, concentrándose en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya actividad se adjudica de modo preferente a los sectores privados, lo que trasluce la aplicación del principio de subsidiariedad, aun cuando los ordenamientos no suelen atribuirle positividad a dicho principio, que no por ello deja de ser tal.

Así, de un modo escasamente percibido por el constitucionalismo social, se ha operado un cambio en los protagonistas del derecho público, potenciándose el rol de la sociedad que, de mera espectadora de la realidad, pasa a gestionar a través del sector privado servicios y actividades de interés público relevantes, en colaboración estrecha con la Administración pública.

Este proceso que, a pesar de las crisis económicas se ha llevado a cabo en la mayoría de los países pertenecientes a la cultura política occidental, responde a varias causas. En primer término, exhibe una doble faz, al implicar la defensa de los postulados clásicos en los que se fundaba el Estado de derecho liberal (principalmente el principio de separación de poderes, el de legalidad y la consagración de las libertades y derechos fundamentales) así como también de los derechos y principios consolidados por el constitucionalismo social, reconocidos en la mayoría de las Constituciones sancionadas tras la segunda guerra mundial que adoptaron el Estado social de derecho.

¿Cuáles fueron los motivos que dieron nacimiento al Estado regulador y garante? [\(7\)](#) Su origen obedeció a una serie de razones que iban desde las conocidas ineficiencias del sector público, los altos costos que generaban las prestaciones estatales y la política redistributiva que las orientaba, en un escenario caracterizado por el crecimiento demográfico, hasta la proyección de los efectos de la globalización de la economía.

Ese conjunto de factores condujo a una fuerte competencia entre los actores económicos de los distintos

países generando un mayor protagonismo de los sectores privados de la sociedad, que llevó a las respectivas Administraciones Públicas a suprimir o aminorar las trabas burocráticas que afectaban el libre comercio e industria y las iniciativas privadas.

De esa manera, debido a la retirada del Estado en la gestión económica se reafirmó el dualismo Sociedad-Estado que, según Messner [\(8\)](#), constituye uno de los principios jurídico-sociales de máxima relevancia en la medida que potencia los derechos preexistentes derivados del orden natural (sobre todo la propiedad y las libertades), ampliándose el grado de participación en la economía de los individuos, empresas y demás cuerpos intermedios de la sociedad [\(9\)](#).

Resulta paradójico que el nuevo Estado regulador y garante, lejos de abandonar su función social, procure alcanzar los mejores niveles de calidad y eficiencia de los servicios públicos, mediante la colaboración privada. Con todo, no es un repliegue absoluto, sino más bien, una retirada instrumental [\(10\)](#) ya que el Estado garantiza las prestaciones y servicios sociales mediante la función de control y vigilancia sobre los operadores privados a los que se les han transferido actividades antes atribuidas a la Administración. En ese contexto, comenzó a imponerse, asimismo, el principio de buena administración, al que cabe asignarle operatividad pues se configura como un deber del Estado [\(11\)](#).

En la filosofía que anida en este proceso hay un retorno a la clásica concepción del bien común [\(12\)](#) que, aun cuando sea un producto medieval, luce ahora nuevamente en muchos de los Estados que han basado sus esquemas regulatorios y garantísticos en el principio de subsidiariedad. Hasta en el campo de la literatura se advirtió, la necesidad del "desarme del Estado", pues la prioridad no es la exaltación de este sino la integración de las diferencias y el equilibrio de las relaciones sociales mediante el fortalecimiento de la sociedad [\(13\)](#).

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

En un sentido opuesto transita el nuevo modelo de Estado que se apoya en la concepción del bien común en cuanto proporciona el fundamento real del fin que persigue el nuevo modelo y de las transformaciones que han ocurrido en el seno de la sociedad y del Estado.

Esas transformaciones han sido tan grandes que han llegado a trastocar el sistema de las fuentes del derecho, a raíz de la caída de los dogmas de la centralidad y primacía de la ley y la consecuente prevalencia de los principios generales, potenciándose el papel de los jueces en la interpretación del derecho. De esa manera, el juez ha dejado de ser un mero aplicador de normas positivas mediante la técnica de la subsunción para convertirse en un protagonista creativo que fundamenta sus decisiones en la justicia del caso y en los principios generales del derecho, mediante el método que desarrolla la teoría de la argumentación jurídica [\(14\)](#), la cual ha tenido recepción, entre otras, en las jurisprudencias española y alemana. En esa línea, cobra trascendencia, en la coyuntura de la pandemia, la adopción por la Corte Suprema argentina de los "subprincipios" que integran el control de razonabilidad o proporcionalidad sobre la base de los juicios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto [\(15\)](#), provenientes de la jurisprudencia continental europea [\(16\)](#), también adoptados por la CIDH, que venimos propugnando en los últimos trabajos [\(17\)](#).

II.2. El quid de la función reguladora y garantística del Estado

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

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

Esta nueva realidad nos lleva a coincidir en que, el quid de la regulación, conforme a la definición propuesta por Philip Selznick, desde el campo de la sociología del derecho, consiste en "un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social" [\(18\)](#).

La regulación se lleva a cabo a través de distintas formas que traducen la atribución de poderes o facultades. Desde la ley, el reglamento, el acto y el contrato administrativo hasta las instrucciones y órdenes reguladoras

por parte de entidades estatales y aun privadas (la autorregulación) ese conjunto de normas generales, decisiones y órdenes constituye un universo jurídico que integra el contenido básico que hace al funcionamiento de las instituciones del derecho administrativo.

Este proceso, que se produce como consecuencia de la inserción del mayor protagonismo de la sociedad en lo público, exige reconsiderar la reformulación de las categorías tradicionales del derecho administrativo integrándolas al nuevo esquema relacional en el que suelen enfrentarse diferentes concepciones sobre el derecho, como ocurre, en los países europeos, más que en Iberoamérica en la que existe una menor dispersión en las concepciones legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales.

Se trata de una actividad continua y típica de la función administrativa de ordenación y vigilancia de actividades privadas por razones de interés público, sin excluir el control sobre las que han pasado a autorregularse pues una serie de actividades privadas con anterioridad reguladas por el Estado escapan a su dirección y se autorregulan bajo la vigilancia de la Administración que, si lo juzga necesario conforme al ordenamiento, puede siempre retomar sus poderes regulatorios.

La determinación de las causas que justifican la necesidad de la regulación reconoce la existencia de diversas situaciones que la doctrina ha sistematizado, sobre la base de la realidad europea [\(19\)](#).

En tal sentido, la doctrina se ha preguntado: ¿cuándo el Estado debe acometer la regulación de un sector o actividad económica o social o se permite a los particulares autorregularse para fijar sus propias reglas (p. ej.) en punto en calidad y competitividad? Al respecto, Muñoz Machado desbroza, mediante el enlace con el pensamiento de los economistas, las siguientes situaciones:

a. Una primera, sobre la que hay consenso entre las distintas concepciones económicas e ideológicas, se rige por el clásico esquema del derecho administrativo, con ligeras adaptaciones al nuevo modelo de Estado. Ellas "suponen el ejercicio de la autoridad e implican la reserva de poderes coactivos" [\(20\)](#), hallándose fuera del comercio del derecho privado. En este grupo se encuentran las funciones básicas y esenciales del Estado como la justicia, la hacienda pública, la defensa, la policía de seguridad y la realización y funcionamiento de grandes infraestructuras públicas que benefician a toda la colectividad. Entre los economistas estas actividades se denominan bienes públicos y funciones públicas y no solo son financiadas por el presupuesto del Estado, sino que, este tiene a su cargo la organización de dichas actividades. Aquí no hay duda de que corresponde aplicar todo el bagaje de normas y principios del derecho administrativo, aunque en punto a la gestión de dichos servicios se admita que, por razones de eficiencia económica, sean prestados por particulares, a través de la figura de la concesión u otras similares (v.gr. el servicio penitenciario).

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

Al respecto, en el caso de los servicios públicos tradicionales la titularidad del Estado no implica la propiedad o dominio del servicio público [\(21\)](#) sino el poder de regularlo con mayor intensidad. En general, en Iberoamérica se han simplificado las clasificaciones, quedando dos formas básicas: los servicios públicos y las actividades de interés público, siendo objeto los primeros de una regulación más intensa.

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

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

Aparte de las causas señaladas precedentemente existen otras que también vienen a justificar la regulación como 1) la necesidad de controlar beneficios inesperados (el caso de los países que cuentan con grandes reservas de petróleo y gas); 2) las correcciones de los precios debido a aumentos de los costos imprevistos como pueden ser las externalidades ambientales que se imponen a la fabricación; 3) la conveniencia de ordenar la

información y garantías frente a productos defectuosos y 4) la necesidad de regular la excesiva competencia en los mercados (v.gr. en el transporte aéreo) (22).

En lo que concierne a la función de garantía del Estado, no faltan quienes la consideran equivalente a la regulación (23). En rigor, la función garantística viene a ser una especie que difiere de la regulación, dado que esta última, aparte de regular las prestaciones y actividades públicas y privadas que satisfacen las necesidades de la población, también procura promover la competencia y las libertades de mercado, impidiendo las prácticas abusivas y controlando los monopolios materiales, entre otras funciones (24).

En definitiva, la regulación es un supra concepto susceptible de proyectarse sobre la mayor parte de las funciones y actividades estatales, incluso la resolución, en primera instancia, de los conflictos de naturaleza jurisdiccional, en el campo de los servicios públicos.

Estos fines del que persigue el Estado regulador y garante vienen a potenciar la aplicación en la práctica del principio de subsidiariedad en las relaciones entre la sociedad y el Estado, con basamento en la concepción del bien común como la causa final que justifica y orienta el accionar estatal.

Uno de los ejes a cuyo alrededor gira el sistema jurídico que configura la misión esencial del nuevo modelo de Estado, algo descuidada por la doctrina de la regulación, que pone el acento en las finalidades económicas, se encuentra en la función de tutelar y garantizar la efectividad de los principios generales del derecho público e incluso del derecho privado. Precisamente, son esos principios jurídicos generales del derecho, junto a los de naturaleza económica, los elementos que le dan unidad al ordenamiento comunitario europeo (25), lo que podría quizás replicarse, en el futuro, en Iberoamérica, con el derecho emergente de los tratados internacionales.

La trascendencia que reviste la función de garantizar esos principios y los derechos consecuentes cobra mayor entidad en las situaciones de emergencia o de excepción, como las que enfrentan los países actualmente para superar la pandemia provocada por la enfermedad del COVID-19.

II.3. Principales proyecciones jurídicas del Estado regulador y garante

Lo primero que se observa es la transferencia de la gestión de cometidos públicos a los particulares en una proyección nunca vista en los siglos anteriores ya que, en algunos casos, hasta se ha operado la transferencia de la titularidad y dominio del servicio. Al contrario de lo que algunos han supuesto, ello no debería provocar un debilitamiento de las funciones del Estado ni una completa absorción de esas actividades por el derecho privado porque si bien se tiende a que el Estado adelgace su planta de personal, está forzado a intervenir y regular esas actividades de interés público en su condición de principal responsable y orientador del bien común.

De esa manera, el mayor protagonismo de la sociedad conduce a la adopción de nuevas técnicas (aunque muchas de ellas estuvieron vigentes en otros períodos de la historia del derecho público) entre las que destacan la autorregulación, tanto la simple como la que se denomina autorregulación regulada (26), junto al surgimiento del contrato o acuerdos plurilaterales como fuentes normativas de determinados sectores de la industria o comercio. Un ejemplo de este último, en Argentina, es el acuerdo plurilateral para la explotación del yacimiento de Vaca Muerta, situado en la provincia de Neuquén, en el que las empresas, el sector sindical y los gobiernos nacional y de la provincia, acordaron condiciones más flexibles que las que imponían las regulaciones existentes, sobre todo en materia laboral.

Al propio tiempo, la regulación en competencia supera el antiguo esquema de la regulación monopolista y procura reconstruir los mercados para favorecer la competitividad y la calidad de las prestaciones destacándose la función de controlar los precios en las relaciones y transferencias entre los sectores privados que actúan en regímenes de interconexión de servicios en red. La segmentación o fragmentación de los mercados y los mecanismos de rendición de cuentas que establecen las diferentes regulaciones están en línea con el objetivo de promover una competencia más libre y de controlar que los sectores dominantes no incurran en prácticas desleales.

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

En este aspecto, el procedimiento de audiencias públicas (proveniente del derecho norteamericano) como único y exclusivo sistema de participación de los usuarios en forma previa a la adopción de las decisiones de los entes reguladores suele prestarse (al menos en nuestro país) para fines estrictamente políticos o de hegemonía de los sindicatos, trastocando la finalidad del propio sistema que necesita conocer y valorar la opinión de los usuarios de los respectivos servicios. Por esta causa, pese a que, en Argentina, sectores doctrinarios y jurisprudenciales han considerado que la audiencia pública constituye un requisito constitucional (haciéndole

decir a la Constitución algo que no prescribe) es de esperar que la evolución futura del sistema permita reemplazar esa exigencia por otras de mayor eficacia y menores riesgos de politización, como son las consultas o encuestas diseñadas por los reguladores.

A su turno, el tema de la revisión judicial de las decisiones de los entes reguladores resulta una exigencia obligatoria en aquellos sistemas, como el argentino o el español (27), denominados judicialistas puros, en los que no cabe admitir que las decisiones de los reguladores no sean susceptibles de ser revisadas por la justicia, superando los límites a la revisión judicial que imponía la doctrina de raíz anglosajona del *ultra vires* (28), que circunscribe la revisión al exceso o no de la competencia o poderes expresamente regulados por el ordenamiento.

Desde luego que ello demanda, en virtud de la necesidad de garantizar los derechos de los particulares, que esas funciones jurisdiccionales limitadas que ejerzan los reguladores sean adjudicadas a órganos dotados de una especial idoneidad que, además, precisan gozar de garantías de independencia e imparcialidad (29).

En resumidas cuentas, el nuevo modelo del Estado regulador y garante no abdica de los principios que nutren al Estado de derecho ni tampoco de los fines que perseguía el Estado prestacional y como la realidad siempre termina por suplantar a las conjeturas de los ideólogos, antes que provocar una declinación del derecho público, ha producido y continúa produciendo una extensión objetiva (30) y subjetiva (31) del derecho público a los particulares de considerable magnitud, lo que conduce a reformular muchas de las concepciones tradicionales del derecho administrativo para adaptarlas a esa realidad, sobre todo, a raíz de la prevalencia de los principios generales y de las tendencias iusnaturalistas que han terminado imponiéndose sobre el formalismo jurídico kelseniano.

En esa línea garantística, la supremacía que han adquirido los principios generales del derecho sobre las normas positivas no puede soslayarse habida cuenta que resultan mandatos vinculantes, cuya observancia obligatoria abarca a todos los protagonistas de la regulación económica. Es una batalla contra el positivismo legalista (32) que, aunque parece darse solo en el campo de la filosofía del derecho, se reproduce con particular intensidad en el ámbito de la actividad regulatoria de la Administración.

III. Sobre las materias objeto de la regulación

La función reguladora se concibe, actualmente, con amplitud (33) y se puede hablar de las materias objeto de la regulación en un doble sentido, uno de naturaleza económica o social y hasta política, y otro, relacionado con su contenido jurídico. En este aspecto, no hay acuerdo en la doctrina europea, salvo para negar que la regulación sea concebida, exclusivamente, como el derecho de las agencias regulatorias.

En cuanto al primer sentido, si bien, la regulación económica es la que ha alcanzado mayor desarrollo teórico y aplicativo, ella abarca también desde la regulación social (previsional, asistencia, etc.) hasta aspectos de naturaleza política (v.gr. las relaciones en un país federal).

Con referencia a las materias jurídicas objeto de la regulación hay que decir que, si bien, su estudio y adscripción pertenece al derecho público por tratarse del ejercicio de una actividad administrativa (34), la regulación utiliza, en forma armónica y compatible con la naturaleza del Estado y los fines que persigue, todas las fuentes del derecho.

Resulta imposible que se configure una autonomía absoluta de la regulación, como tampoco existe una pretendida unidad de la materia jurídica en general (35), sino una conjunción de técnicas aplicables en relación a fines determinados, muchas veces intercambiables.

Esa característica de la materia jurídica de la regulación se advierte, con mayor intensidad que en otras relaciones, en aquellas que vinculan al derecho civil con el derecho administrativo y, entre estos, con los derechos penal y procesal, que son las ramas jurídicas básicas que integran la dogmática del derecho. Sin perjuicio de esa diversidad, prevalece siempre la Constitución, aunque cada sector suele interpretarla según sus fines y peculiaridades.

No existe, pues, la pregonada unidad de la materia jurídica que algunas teorías postulan sino una diversidad de técnicas y contenidos que demanda relaciones recíprocas del contacto e interferencia, mediante una labor de armonización de criterios que no implican subordinación ni separaciones tajantes basadas en el carácter sustantivo o adjetivo de los derechos, los cuales conservan siempre una autonomía relativa, aunque sean objeto de una única regulación. En síntesis, la diversidad apuntada no es incompatible con la pertenencia de la regulación al marco del derecho público, en el que las normas, principios y técnicas del derecho privado han de pasar siempre por el tamiz de la analogía y compatibilidad para ser aplicadas.

IV. El estado de emergencia y sus límites

En la encrucijada para enfrentar la pandemia del COVID-19, el gobierno ha extendido la aplicación de una Ley de Emergencia anterior y el empleo de ese instrumento legal requiere esclarecer los diferentes sentidos en que se utiliza el concepto de emergencia en el derecho.

Hay tres sentidos, al menos, en que el derecho utiliza el concepto de emergencia. El primero, que alude a la situación fáctica, aparece definido en la tercera acepción del diccionario de la RAE como aquella situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata. Este peligro que representa la extensión mundial de una epidemia es el que justifica el dictado de las medidas que excepcionan al ordenamiento ordinario imponiendo suspensiones y restricciones a los derechos de las personas. El segundo sentido, es el conjunto de las normas y principios que permiten imponer tales suspensiones y restricciones de derechos, las cuales conforman el estado de emergencia, al que el ordenamiento positivo bautizó con el nombre de Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva. Por si fuera poco, la libertad convencional propia del idioma jurídico permite captar un tercer sentido, referido a la emergencia como medida concreta de excepción (ej. prohibición de salir de sus domicilios dirigida a los adultos mayores). En nuestra Constitución solo aparece una referencia aislada a la emergencia en el primero de los sentidos que apuntamos y ella se encuentra en el art. 76 de la CN, circumscripita a uno de los supuestos en que procede la delegación legislativa.

Como es fácil de advertir hay cierta analogía entre la emergencia y el estado de necesidad, concebido este como una situación que obliga a actuar de determinada manera o dispensa de hacerlo según los principios que rigen las conductas humanas.

Pero donde juega realmente el concepto de necesidad en el derecho argentino, desde el punto de vista de la situación de hecho y jurídica, es como uno de los requisitos que, junto a la urgencia, habilitan el dictado de los DNU (art. 99, inc. 3 de la CN) que, precisamente, ha sido el instrumento que utilizó el Poder Ejecutivo para poder decretar el aislamiento social obligatorio y las restricciones a la circulación, entre otras medidas.

Algunos han pensado que, para disponer las medidas de excepción que reclama la pandemia era necesario decretar el estado de sitio, postura que, aparte de su desmesura, carece de toda base constitucional, pues el art. 23 de la CN solo habilita a decretarlo cuando se configuren los supuestos que indica la norma, que son el ataque exterior y la conmoción interior, aspecto este último que se relaciona con la perturbación del orden como prescribe dicho precepto constitucional. Pero, ha ocurrido lo contrario y hasta el momento prevalece una paz social generalizada, incluso sin huelgas ni piquetes.

Aun fuera de su justificación fáctica, el presunto remedio sería peor que la enfermedad ya que durante el estado de sitio quedarían en suspenso las garantías constitucionales con la facultad del Poder Ejecutivo de disponer el arresto de los ciudadanos, mientras que, como se verá seguidamente, el estado de emergencia (una categoría similar existe en Italia) debe respetar el bloque de legitimidad constitucional del Estado de derecho. Figuras similares son el Estado de Alarma en España y el Estado de Urgencia, en Francia.

Por otra parte, el bloque de legitimidad constitucional está integrado por leyes en sentido amplio, es decir, tanto por normas como principios, adquiriendo estos una función relevante en situaciones de emergencia para limitar el ejercicio del poder y evitar los excesos autoritarios.

De ese modo, mientras el campo de aplicación de las normas ordinarias se activa y sufre el impacto del derecho de excepción, los principios son la principal garantía que tienen los ciudadanos y empresas para exigir que se respete la justicia en el ámbito del Estado de derecho, con plena observancia de la separación de poderes.

En consecuencia, las medidas de excepción deben dictarse en el marco de la Constitución [\(36\)](#) y de los principios pro homine, la justicia en sus diferentes especies, la prohibición de arbitrariedad, justa indemnización, la buena fe y confianza legítima, tutela administrativa y judicial efectiva etc., y, sobre todo, la razonabilidad que incluye la proporcionalidad, dado que los principios vinculan a los gobernantes y tienen supremacía sobre las normas legales o reglamentarias, máxime cuando buena parte de ellos han sido prescriptos por tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Así, el estado de emergencia o como se le denomina en otros países, constituye el molde jurídico en el que se conjuga la situación de peligro con el estado de necesidad, mediante el ejercicio de poderes que excepcionan la legislación ordinaria, poderes que encuentran su justificación y límites en las reglas del Estado de derecho para alcanzar su legitimidad constitucional.

(A) Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

(1) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R. "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Thomson-Reuters, Madrid, 2017, 15ª ed., t. II, p. 131.

- (2) Ver el artículo de MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica", en MUÑOZ MACHADO, Santiago - ESTEVE PARDO, José (dirs.), *El Derecho de la Regulación Económica*, Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, t. I, ps. 17 y ss., en la que hace una completa descripción de las diferentes concepciones hasta llegar al Estado regulador y garante.
- (3) En Francia, si bien las reediciones de las obras clásicas siguen manteniendo el concepto de policía, alguna parte de la doctrina no lo utiliza; véase, p. ej., BRAIBANT, Guy - STIRN, Bernard, "Le droit administratif français", Dalloz, Paris, 2005, 7ª ed., ps. 157 y ss.; ver también: TCHEN, Vincent, "L'impacte du Droit Communautaire sur la police administrative", en *Droit Administratif Européen*, AUBY, Jean B. - DUTHEIL de la ROCHÈRE, Jacqueline (dirs.), Ed. Bruylant, Bruselas, 2007, ps. 997 y ss., en el lenguaje del derecho comunitario europeo no suele utilizarse el término policía.
- (4) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R. "Curso ...", cit., t. II, ps. 162-164.
- (5) ESTEVE PARDO, José, "El encuadre de la regulación ...", cit., ps. 392 y ss.
- (6) En Alemania, la amplitud de la regulación, al incluir la función social del Estado (procura asistencial) es la que explica uno de los fundamentos del Estado Garante, véase: DARNACULLETA GARDELLA, M. Merce, "La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana", en *El Derecho de la Regulación Económica ...*, cit, t. I, ps. 349 y ss.
- (7) Véase: ESTEVE PARDO, José, "Estado Garante. Idea y Realidad", INAP, Madrid, 2015, ps. 16 y ss.
- (8) MESSNER, Johannes, "Ética social, política y económica a la luz del derecho natural", RIALP, trad. del alemán, ps. 346-347.
- (9) Vid RODRÍGUEZ - ARANA MUÑOZ, Jaime, "Estudios sobre la Constitución", Ed. La Ley, Madrid, 2002, ps. 295-297.
- (10) ESTEVE PARDO, José, "Estado Garante ...", cit., ps. 3 y ss.
- (11) Ver: RODRÍGUEZ - ARANA, Jaime, "El ciudadano y el poder: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración", Reus, Madrid, 2012, ps. 11 y ss.; GALLI BASUALDO, Martin, "La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global", Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2019, ps. 39 y ss.; y también AZOULAI, Loic, "Le principe de bonne administration", en *Droit Administratif Européen ...*, cit. ps. 493 y ss.
- (12) La conexión entre el bien común y el principio de subsidiaridad es por demás evidente en la concepción tomista, véase nuestro "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 25 y ss. La doctrina española ha advertido su influencia en la concepción del Estado regulador y garante, véase: ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 172-175.
- (13) Cfr. SALAS, Denis - CAMUS, Albert, "La rebelión justa", trad. del francés, publicación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2016, ps. 98-99.
- (14) Sobre estas cuestiones véanse nuestros trabajos: "Los grandes principios del Derecho Público", Ed. Temis, Bogotá, 2018, ps. 12 y ss., "El método de la tópica y los principios generales en el derecho público", Ed. La Ley, diario del 14/08/2017, ps. 2 y ss., y "La proyección del nuevo constitucionalismo al derecho administrativo", en la obra *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado Autonomico* (Libro homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor), Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2017.
- (15) In re "Silva" (causa 58) de fecha 03/11/2015 al analizar la razonabilidad o proporcionalidad de las intervenciones telefónicas, se remitió al dictamen del Procurador General de la Nación (cap. V) que recoge dicho principio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso "Escher c. Brasil"). Con posterioridad, la Corte adoptó en forma directa los tres "subprincipios" en la Acordada 17/2019 de 19/06/2019 (consid. V).
- (16) Vid: GALETTA, Diana U. "Le principe de proportionnalité", en *Droit Administratif Européen ...*, cit., ps. 357 y ss.
- (17) Véase: "Los grandes principios del Derecho Público", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 174 y ss.
- (18) La cita y transcripción del concepto corresponden a MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, 4ª ed., t. XIV, p. 28.
- (19) Ibidem 28 y ss.
- (20) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado ...", cit., ps. 28-29.
- (21) PERRINO, Pablo E. "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 176.
- (22) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado ...", cit., ps. 32-33.
- (23) MAURER, Hartmut, "Derecho Administrativo. Parte General", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 53.
- (24) Vid: ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación ...", cit., ps. 109 y ss., una de las exposiciones más completas sobre el tema.

- (25) Ver y comparar: SCHWARZE, Jurgen, "Les sources et principes de Droit Administratif Européen en la obra Droit Administratif Européen ... ", cit., AUBY, Jean-Bernard - Dutheil de la Rochere, Jacqueline (dirs.), ps. 321 y ss.
- (26) Véase: DARNACULLETA GARDELLA, M. Merce, "La recepción de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana", en El Derecho de la Regulación Económica, MUÑOZ MACHADO, Santiago - ESTEVE PARDO, José (dirs.), cit. ps. 375 y ss.
- (27) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado ... ", cit., ps. 261.
- (28) ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación ... ", cit., ps. 150 y ss.
- (29) PERRINO, Pablo E. "Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública", Rev. argentina del Régimen de la Administración Pública N.º 406, ps. 75 y ss.
- (30) ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación ... ", cit., ps. 150 y ss.
- (31) Ibidem, ps. 156 y ss.
- (32) Tema que abordamos en nuestro libro "Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)", Ed. Reus, Madrid, 2016, ps. 52 y ss.
- (33) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Fundamentos e instrumentos ... ", cit., p. 16.
- (34) ESTEVE PARDO, José, "El encuadre de la regulación económica en el Derecho Público en El Derecho de la Regulación Económica", cit., t. I, p. 388.
- (35) En contra de la unidad material de la ciencia jurídica: GUASP, Jaime, en el Prólogo al libro de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Derecho Procesal Administrativo, Madrid, 1955, t. I, reproducido en Estudios en homenaje al Profesor Jesús, GONZÁLEZ PÉREZ, Ed. Civitas, Madrid, 1993, t. I.
- (36) En Francia, el Consejo Constitucional, tanto fuera como en ejercicio de la llamada "reserva de interpretación" objetó dos textos de la ley del 23 de marzo de 2020 que decretó el Estado de Urgencia. La primera de las disposiciones censuradas de dicha ley fue la norma que obligaba a la cuarentena y confinamiento obligatorio de las personas de otros países, de Córcega y otras colectividades del mar señalando que, por ser medidas privativas de libertad individual, ello no era constitucionalmente válido sin intervención judicial previa, cuya constitucionalidad censuró fuera de la "reserva de interpretación". En la segunda objeción, el Consejo Constitucional acudió a la "reserva de interpretación" que le permite modificar el art. 6º de dicha ley en el sentido de que los acompañantes sociales no puedan acceder a los datos (e-mail y número telefónico) del sistema que organiza el trazado (tracage) de contactos sin el consentimiento del interesado, véase: Diario Le Monde, de fecha 11/05/2020, Le Conseil Constitutionnel valide la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire mais censure deux dispositions (sentencia del 11/05/2020).