

Título: La transformación del Estado (Primer artículo)

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1990-E, 899

Cita: TR LALEY AR/DOC/10338/2001

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. -- II. Hacia un nuevo modelo de Estado: el "Estado subsidiario". -- III. El principio de subsidiariedad. -- IV. Los principios que nutren el "Estado social de derecho". -- V. El mantenimiento del dualismo "sociedad"- "Estado". -- VI. Sobre las características más relevantes de la transformación del Estado.

I. Introducción

A partir de la segunda mitad de este siglo ha venido desenvolviéndose uno de los procesos de transformación de mayor magnitud acerca del papel que corresponde asumir al Estado en diversos países del mundo. Su origen, particularmente en Europa Occidental, ha respondido más a las exigencias de la realidad que a las ideologías y ha sido apoyado, en gran medida, por el derecho de las comunidades europeas que, en virtud del principio de supremacía, prevalece sobre las normas de las constituciones formales de los Estados que la integran.

Aun cuando no se ha producido la paralela adaptación normativa que impuso y exige aquella realidad es evidente que no puede dejar de advertirse el cambio radical generado por este proceso que destraba las vinculaciones autoritarias entre la sociedad y el Estado, y que, mediante diferentes técnicas jurídicas y económicas, procura desplazar, en forma gradual o, a veces, frontalmente, el principio que tornaba posible que la intervención estatal en la economía fuera una ley creciente, intervención que sólo se justifica ahora en forma subsidiaria. En la abdicación de la regla de la intervención estatal progresiva y en la afirmación de otros principios jurídicos fundamentales, como son el de la concurrencia al mercado y el de protección de los consumidores y usuarios --en su condición de destinatarios principales de la actuación de un Estado que interviene para arbitrar en los conflictos interindividuales o colectivos-- se encuentra la clave para comprender cabalmente las transformaciones operadas.

Este proceso transformador --cuyo eje gira en torno de la Administración Pública y sus funciones-- ha cobrado un gran auge en Hispanoamérica. Iniciado prematuramente en Chile y seguido luego por México y Bolivia, ha recibido últimamente un impulso de considerable magnitud en Argentina, Brasil y Uruguay, donde los partidos políticos que asumieron los gobiernos se vieron impelidos a promover la transformación de las estructuras públicas, a raíz de las exigencias reales de sus propias economías. En cumplimiento de este objetivo y a través de la instrumentación y ejecución de programas que conducen a realizar la llamada "Reforma del Estado", se han removido los obstáculos que presentaba la legislación vigente, acudiéndose a derogaciones en bloque, deslegalizaciones y profundas innovaciones normativas.

La configuración de este proceso es prácticamente similar en los países de Latino América que lo emprendieron, porque las causas que lo han provocado son comunes. El flagelo de la inflación --con la consiguiente pérdida del valor de la moneda-- el endeudamiento externo, el aumento de la burocracia estatal, la ineficiencia de los servicios y demás actividades que tienen a su cargo las empresas públicas, junto a un intervencionismo estatal asfixiante de la economía privada, han conducido a la necesidad imperiosa de formular un replanteo acerca de la dimensión del Estado, su participación en el capital y en la gestión de las empresas públicas, la revisión de las estructuras administrativas y la subsistencia de las diferentes regulaciones y monopolios que traban la libre iniciativa de los particulares y la concurrencia al mercado.

II. Hacia un nuevo modelo de Estado: el "Estado subsidiario"

La quiebra del modelo que caracterizó al denominado "Estado benefactor" está a la vista de todos. La sociedad no acepta ya que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico-social asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares jure propio. El pretexto de la soberanía, la defensa nacional, la justicia social o la independencia económica, no sirven más como títulos que legitiman la injerencia estatal en las actividades industriales o comerciales y aun, en los servicios públicos que pueden ser prestados por particulares.

La sociedad de este tiempo histórico, que cuenta con una masiva información, ha sabido descender de pronto el velo que cubría a los verdaderos responsables de las crisis y ya no admite la presencia de esos falsos gerentes del bien común que persiguen beneficios personales o de grupo, mientras crece el déficit y la ineficiencia.

Los reclamos que pujan por una mayor libertad económica, susceptibles de permitir desarrollo espontáneo de la iniciativa privada, son canalizados en las políticas oficiales de los gobiernos a través de diferentes medidas como las desregulaciones y la eliminación de privilegios y monopolios.

Paralelamente, se desencadena un proceso de transferencia de empresas y bienes del Estado hacia los particulares, privatizándose importantes sectores de la actividad estatal, inclusive aquellas prestaciones que se engloban bajo la figura del servicio público, lo cual acentúa la colaboración de los administrados en la gestión pública, que no pierde este carácter por el hecho de ser gestionada por personas privadas.

Corresponde advertir, sin embargo, que aun con ser profundos y radicales los cambios descriptos, ellos no implican la eliminación de ciertas funciones que cumplía el "Estado de bienestar" ni tampoco un retorno a la época dorada y romántica del Estado liberal del siglo XIX. Es, quizá, la síntesis de ambos o, mejor aún, un nuevo modelo de Estado donde la realidad predomina sobre la ideología. En definitiva, es un modelo tan distinto y opuesto a los anteriores como éstos lo fueron entre sí.

Sus rasgos predominantes lo tipifican como una organización binaria que se integra con una unidad de superior jerarquía que ejerce las funciones indelegables (justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores, legislación) pertenecientes al Estado como comunidad perfecta y soberana, unidad que se completa al propio tiempo con otra, mediante funciones desarrolladas por un conjunto de organizaciones menores que cumplen una misión supletoria de la actividad privada (educación, salud, servicios públicos). En ese contexto, se canaliza la realización del bien común, con predominio del derecho público en las estructuras y procedimientos de las funciones indelegables y con recurrencia a formas privadas o mixtas para la actividad supletoria, conforme al objeto perseguido en cada caso (si la actividad es industrial o comercial la actuación de la empresa aparece regulada por el derecho privado).

Hay que advertir que este "Estado subsidiario", al haber nacido en el marco de un proceso de transformación de las estructuras socioeconómicas y jurídicas existentes, no implica una ruptura total con los modelos anteriores. Así, se produce el abandono por parte del Estado de aquellos ámbitos reservados a la iniciativa privada, en forma gradual o acelerada (según las circunstancias nacionales) con lo que mientras se aumenta el grado de participación de los particulares en la economía, se dictan las normas requeridas para desregular y desmonopolizar actividades, eliminando los privilegios existentes que traban el libre ejercicio de las diferentes actividades humanas, sean éstas de naturaleza individual o colectiva. En el campo económico, se observa un mayor énfasis aun en la legislación, con el propósito declarado de asegurar el funcionamiento libre de los mercados, al tiempo que se potencia la potestad interventora para corregir los abusos y las prácticas monopólicas.

Pero, el Estado no puede renunciar a su función supletoria, exclusiva o concurrente con la actuación privada, en materia de previsión social, salud, educación, etc., cuando estas actividades no resultan cubiertas suficientemente por los particulares. Se opera de este modo, la separación entre la titularidad de los servicios públicos --cuya potestad indelegable es retenida por el Estado-- y la gestión privada a través de las distintas figuras concesionales.

A su turno, han aparecido movimientos y tendencias hacia la descentralización y la autonomía, cuya fuerza centrífuga es necesario canalizar para que las mutaciones del proceso transformador no ocasionen el desequilibrio del conjunto y la paralización de ciertos sectores a expensas de otros.

III. El principio de subsidiariedad

Casi no se discute ya --por su evidencia-- que el principio rector que justifica la intromisión del Estado en el plano económico y social es el de la subsidiariedad [\(1\)](#).

Este principio, propio del derecho natural, se encuentra a la cabeza de las reformas y transformaciones que se están operando en gran parte del mundo.

Algunos piensan que sería preferible ir hacia un Estado débil o mínimo. Sin embargo, la realidad indica la necesidad de reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo. Al contrario de lo que pueda suponerse el Estado no saldrá más débil de este proceso sino más fuerte, pues su grandeza descansa más en el cumplimiento de su finalidad esencial que en su tamaño o dimensión.

A su vez, la mutación que se opera en los fines que persigue el Estado genera una consecuencia fundamental en la distribución del poder económico y social que se transfiere a las personas privadas, generalmente organizadas bajo formas asociativas o societarias. En efecto, se advierte ahora que la titularidad estatal de dicho poder no es más que una de las formas en que los políticos y burócratas de turno mantienen o disfrazan la hegemonía sobre la sociedad y una de las fuentes más comunes de los abusos y de las arbitrariedades que provoca la acción interventora del Estado [\(2\)](#). El Estado subsidiario es, esencialmente, un Estado de justicia.

En este sentido, la fórmula "Estado de justicia", acuñada originariamente por Delvechio [\(3\)](#) refleja una concepción superadora, tanto del "Estado de derecho" como del modelo que le sucedió: el "Estado social de

derecho" ⁽⁴⁾. Esta superación se explica porque si bien se mantienen determinados postulados fundamentales del "Estado de derecho" (independencia del poder judicial, sometimiento de la Administración a la ley y régimen garantístico de las libertades y demás derechos personales), se equilibra el abstencionismo estricto que propició su versión más liberal imperante en el siglo XIX con un limitado y razonable intervencionismo que restituye la plenitud del derecho natural, a través del imperio del principio de la subsidiariedad que, en algunas partes, alcanza rango positivo. De este modo, el Estado --más que sometido al derecho (en el sentido de sometimiento a la ley)-- se encuentra vinculado a la justicia, en sus diferentes especies, sin poner exclusivamente el acento en la justicia distributiva (como aconteció durante la etapa del llamado "Estado de bienestar" o "Estado social") y asignándole una mayor potencialidad y trascendencia al cumplimiento efectivo de las funciones estatales básicas.

En síntesis, si el bien común constituye el fin o causa final del Estado posee naturaleza subsidiaria ⁽⁵⁾ y se encuentra subordinado al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil, el Estado no puede absorber y acaparar todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de aquélla. En otros términos, que la subsidiariedad es una obligada consecuencia de la propia naturaleza de la finalidad que el Estado persigue y el presupuesto indispensable para el ejercicio de las libertades del hombre ⁽⁶⁾.

IV. Los principios que nutren el "Estado social de derecho"

Ahora bien, algunos podrán suponer que este modelo de "Estado subsidiario" no es más que el "Estado social de derecho" con alguna que otra innovación, fundamentalmente, en lo que atañe a la intervención del Estado en la economía. Esta interpretación es posible, en algunos casos, debido a la ambigüedad de la noción y al hecho de tratarse de conceptos análogos (en el sentido de que aun siendo diferentes no son necesariamente opuestos). En efecto, la ambigüedad de la noción ha sido tan grande que ha permitido interpretar desde su compatibilidad con el Estado de derecho ⁽⁷⁾ --y la subsistencia consecuente de los derechos fundamentales de las personas-- hasta su tensión máxima o, simplemente, la absorción de la sociedad por el Estado, a raíz del nuevo papel que asume éste como configurador del orden social ⁽⁸⁾.

Pero, el verdadero marco ideológico que nutre al llamado "Estado social de derecho" es este último. En él los derechos personales no preexisten sino que nacen de la ley, por lo tanto, el derecho de propiedad no se reconoce como un derecho natural ni fundamental; los derechos individuales sólo tienen reconocimiento y adquieren vigencia efectiva por su vinculación social; no se limita la intervención del Estado en el plano económico ni tampoco el alcance de las políticas que el Estado diseña para configurar un orden social en el que el objetivo declarado es la pretensión de alcanzar la máxima igualdad entre los hombres, aun a costa de las libertades individuales. En vez de tanta libertad como sea posible el axioma llegó a invertirse sustituyéndose el papel central que en el sistema del Estado de Derecho desempeñaba la libertad por una igualdad diseñada por el poder público.

V. El mantenimiento del dualismo "sociedad"- "Estado"

La lucha entre las distintas fuerzas que componen la sociedad y al Estado no constituye un nuevo fenómeno socio-político y la historia del mundo demuestra la ocurrencia de esta confrontación en diferentes épocas de la humanidad.

Lo novedoso es que, por primera vez, el poder estatal se infiltró en este siglo de ideologías que pretendieron, como objetivo fundamental, la absorción de la sociedad por el Estado, intento éste que no había sido preconizado antes, al menos en esa escala, ni siquiera por el absolutismo. Todo ello condujo a un mayor y acentuado intervencionismo estatal.

Resulta necesario recordar que el principio que reconoce y propugna la subsistencia del dualismo "sociedad"- "Estado" representa uno de los principios jurídicos-sociales del derecho natural cristiano de mayor relevancia, el cual, según Mesnner, permite resaltar un conjunto de consecuencias que combinan una serie de principios sociales y derechos de las personas, a saber: 1) la existencia de derechos originarios propios en cabeza de los individuos y de las sociedades menores o cuerpos sociales intermedios; 2) tales derechos encuentran su fundamento en el orden moral y, como son imprescindibles y necesarios para la propia dignidad humana, resultan inviolables e irrenunciables; 3) al ser tan originarios como los derechos del Estado no derivan del derecho estatal positivo, siendo una de las principales misiones del Estado reconocer su existencia y fomentar su desenvolvimiento por parte de los individuos y de las comunidades menores; y 4) sin perjuicio de la competencia del Estado para definir en su ordenamiento la recíproca correlación de las potestades sociales éste carece de aptitud jurídica y moral para intervenir en la esfera de actuación que es privativa de la sociedad ⁽⁹⁾.

Sin embargo, el fracaso generalizado de las concepciones ideológicas que procuraron la absorción de la sociedad por el Estado ha hecho que las fuerzas de aquélla hayan resurgido con una mayor fortaleza que antes,

como se observa en los diferentes movimientos políticos producidos en Europa Oriental. Por lo demás, esa pretensión de diluir la sociedad en el Estado contiene una buena dosis totalitaria en cuanto elimina la espontaneidad⁽¹⁰⁾ que es la base indispensable para el desarrollo de la iniciativa privada, dejando exclusivamente a cargo del Estado la configuración del orden social mediante la inversión del principio de subsidiariedad.

VI. Sobre las características más relevantes de la transformación del Estado

La desaparición del "Estado benefactor", cuya estructura modélica continúa aún formalmente vigente en muchas constituciones políticas de este siglo, si bien no ha plasmado aún en todos los textos constitucionales --aunque muchos han incorporado determinados principios-- como el de la libertad de mercado ⁽¹¹⁾ se halla confirmada por los programas y planes puestos en práctica por los gobiernos de los Estados principalmente de Europa y, actualmente, de América Latina, que han iniciado intensos procesos de transformación del Estado y sus estructuras fundamentales.

En Europa, el atraso del derecho constitucional positivo se halla compensado con el adelanto operado, en algunos aspectos, en el derecho comunitario, habiendo sistemas (en el derecho comparado), cuyos moldes constitucionales, no obstante que resultan claramente incompatibles con la versión ideológica del "Estado social de derecho", poseen una cierta flexibilidad que permite su adaptación al nuevo "Estado subsidiario", a pesar de su origen marcadamente liberal y de la antigüedad venerable de sus normas. Esto ocurre con las Constituciones de E.E.U.U. y de Argentina.

Las expresadas circunstancias conducen a la necesidad de realizar, a la luz de los procesos de transformación del Estado que se han promovido, la sistematización de los principios fundamentales en que se apoya el nuevo modelo de Estado, tarea ésta que se ve facilitada por la similitud que se nota en las diferentes reformas emprendidas. Por otra parte corresponde destacar, a grandes rasgos, cuáles son las notas complementarias y las técnicas instrumentales que el Estado crea y utiliza para operar su propia transformación, a propósito de la reforma iniciada en Argentina y en otros países del cono sur del continente americano.

Veamos, pues, las características esenciales de este nuevo tipo de Estado:

a) Se mantienen los principios rectores del tradicional "Estado de derecho", basado en la división de poderes, garantía de las libertades y demás derechos individuales y en el sometimiento de la Administración a la ley ⁽¹²⁾. Empero, algunos de estos principios han ido adaptándose a la realidad política y social de los tiempos. En este sentido, si bien la división de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo puede llegar a ser utópica cuando el partido político gobernante tiene el control del Congreso, nadie cuestiona la necesidad de que exista un poder judicial independiente y su función de garantía frente a los excesos de los poderes públicos. Asimismo, la Administración no se halla solamente sometida a la ley positiva sino principalmente, a la justicia, cuyos principios generales obran como límites no escritos a su actuación lesiva de los derechos de las personas privadas.

Se opera también una progresiva ampliación del papel del Ejecutivo como productor de normas jurídicas de rango legal no siendo casual que muchos cambios que se producen en el ordenamiento tienen su fuente en reglamentos de necesidad y urgencia ⁽¹³⁾.

b) En el terreno político, la democracia, pluralista y abierta continúa siendo uno de los postulados esenciales del Estado de derecho, tendiéndose hacia una mayor participación de los ciudadanos en cierta clase de decisiones y estimulando su colaboración con las funciones públicas, al tiempo que se propicia la más amplia descentralización posible y adecuada a cada circunstancia.

Se advierte también que mientras se transita hacia una mayor descentralización en el seno de cada Estado, aparece en el cuadro internacional una nueva forma jurídica que instaura una estructura centralizada de poder supranacional, mediante la asociación en una comunidad, cuyo sistema normativo prevalece sobre los derechos de los países miembros ⁽¹⁴⁾. Este fenómeno, desarrollado principalmente a través de la Comunidad Económica Europea, ha comenzado a proyectar su influencia en el proceso de integración a llevarse a cabo entre Argentina, Brasil y otros países, en un Mercado Común que tiene por objetivo hacer más libres las respectivas economías.

Lo novedoso de este proceso desde el punto de vista institucional no es tanto la unión aduanera como la instauración del poder de legislar sobre materias comunes inherentes al comercio entre los Estados que integran la Comunidad, con la mira puesta en la protección de la libre competencia.

Pero, un derecho común de superior jerarquía que el derecho nacional requiere siempre de un tribunal, de igual naturaleza, para asegurar la vigencia del sistema, de modo que los particulares puedan reclamar el cumplimiento efectivo de las normas supranacionales. De lo contrario, el derecho comunitario tendría un carácter declarativo o se hallaría librado a los criterios de aplicación e interpretación de las normas que se

elaboren en cada Estado, prevaleciendo, como es lógico suponer, la protección de los intereses nacionales.

c) El principio básico que legitima la intervención del Estado en el plano político, económico y social es el de la suplencia. Por aplicación de esta regla fundamental el Estado conserva ciertas funciones consideradas, en principio, indelegables (15) e irrenunciables (justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores), que le son inherentes en virtud de la soberanía que traduce el bien común que mediante ellas persigue, al par que presta servicios públicos o realiza actividades, en caso de insuficiencia de la iniciativa privada o como complemento de ésta, siendo ejemplos de la concepción subsidiaria lo que acontece en materia de previsión social, salud, educación y transporte, para citar los casos más significativos que proporciona el derecho comparado.

d) En el plano estrictamente económico y sobre la base de la regla de la subsidiariedad(16) se afirma la economía social de mercado como sistema predominante en la mayoría de las naciones, apoyado en dos principios que, por su jerarquía, encabezan los ordenamientos o programas de gobierno; 1) el de la libre iniciativa, que el Estado tiende a proteger mediante el abandono de la intervención como técnica de participación en la economía; 2) el de la libre concurrencia al mercado, lo que se procura a través de la desmonopolización y con la prevención y sanción de la competencia desleal (17).

A su vez, para cumplir con la finalidad social que se halla ínsita en la economía de mercado los Estados incorporan a los respectivos ordenamientos normas de protección de los consumidores y usuarios (18) mediante garantías jurídicas adecuadas que los defienden frente a los abusos de los productores, comerciantes y prestadores de servicios, procurando de esta manera alcanzar un razonable equilibrio entre la libertad y el bien común al que se deben orientar las iniciativas particulares.

Lo expuesto ha provocado un cambio de signo en el intervencionismo estatal que se orienta en un sentido más favorable a las libertades económicas y sociales mediante diferentes técnicas que tienden a proteger y estimular, en su caso, la iniciativa privada, la concurrencia al mercado y el pluralismo social.

De ese modo la llamada "economía social de mercado" cuyas bases son la libertad y la competencia, es el sistema económico del "Estado subsidiario" (conf. ERHARD LUDWIG y MULLER ARMACK A. "El orden del futuro" p. 26 y sigts., trad. del alemán, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1981). Al referirse al principio de subsidiariedad dichos autores dicen que aceptando "la posición preferencial de la individualidad humana, toda injerencia del Estado debe ser subordinada y sólo puede tener lugar cuando ni el individuo, ni la sobreordenada comunidad familiar, ni las comunidades religiosas o asociaciones libres, están en condiciones de solucionar los problemas existentes" (op. cit., p. 191).

e) La política social no es más ilimitada como lo era en el período del "Estado benefactor". Ella no sólo debe eliminar injustas discriminaciones(19) que afecten el principio de igualdad, la libre competencia o la eficiencia del sistema productivo (20) sino que, al haberse tomado conciencia de los gravísimos males sociales que produce la inflación, encuentra limitaciones de naturaleza económico-financiera y, en definitiva, se halla cada vez más estrictamente vinculada al principio de suplencia medido en función de las posibilidades del presupuesto de cada comunidad. Esta vinculación más estricta entre la política social y el principio de subsidiariedad constituye uno de los rasgos predominantes del nuevo tipo de Estado y acaso será uno de los principales obstáculos que se opondrá a su plena realización debido a que, durante el período del llamado "Estado social de derecho", se ha consolidado, en los diversos Estados, un formidable poder sindical, cuyos privilegios resultan difíciles de desmontar.

Como resultado de este proceso la política social comienza a enfocarse desde una óptica más global y menos sectorial y en vez de tanto Estado o igualdad como sea posible, como predicaba el "Estado de bienestar", la sociedad ha impuesto nuevamente el axioma de tanta libertad como sea posible y conveniente para todos los componentes de una determinada comunidad con el objeto de aprovechar los beneficios que surgen de la economía social de mercado y de la actuación supletoria del Estado.

Porque en la base del "Estado subsidiario" que viene reclamando la sociedad se encuentra la justicia (21), en todas sus direcciones, con la idea ínsita de hallar un adecuado equilibrio entre lo social y lo individual, siendo una función eminente del Estado la de asegurar la realización de la justicia particular (tanto la distributiva como la conmutativa) dado que, a través de ésta, se protege principalmente la dignidad de la persona humana (22) que constituye uno de los principios fundamentales del derecho y que es, en definitiva, el fin esencial que debe perseguir un Estado que actúe realmente al servicio del hombre que precisa que la libertad y demás derechos inherentes, como la propiedad, se encuentren garantizados para su pleno desarrollo personal.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) BARRA, Rodolfo C., "Principios de derecho administrativo", ps. 35 y sigts., Buenos Aires 1980; CASSAGNE, Juan C. "Derecho administrativo", t. I, p. 101, Buenos Aires 1986; MESSNER JOHANES, "Ética

social, política y económica a la luz del derecho natural", p. 336, Madrid 1967, lo concibe como un principio jurídico básico del derecho natural; ver también: SOTO KLOSS, Eduardo, "Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad (una aproximación)" en "Revista de derecho público", núms. 39-40, ps. 32 y sigts., Santiago de Chile; MASSINI, Carlos I., "Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad" en Rev. cit., ps. 51 y sigts.; SAGÜES, Néstor P., "Principio de subsidiariedad y principio de antiusubidiariedad", ps. 59 y siguientes. El principio de subsidiariedad que --en su faz pasiva-- veda al Estado hacer todo lo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa o industria y que, consecuentemente, también obsta a que el Estado, como comunidad de superior jerarquía, lleve a cabo actividades que puedan cumplir las comunidades menores (provincias) o los llamados cuerpos intermedios, encuentra adecuado sustento en la Constitución Nacional. En efecto, ésta concibe los derechos de ejercer industrias o comercio, de enseñar y aprender, entre otros, como derechos a favor de los particulares y no del Estado (art. 14, Constitución Nacional), el que se encuentra limitado por el principio de legalidad (art. 19) y de razonabilidad (art. 28). Sobre la faz activa del principio de la subsidiariedad (que lleva al Estado a intervenir en caso de insuficiencia o falta de iniciativa privada) la Constitución Nacional carece de prescripciones específicas si bien podría interpretarse que la cláusula de progreso (art. 67, inc. 16) y el ejercicio de los llamados poderes resultantes o inherentes del órgano legislativo podrían llegar a fundar la injerencia estatal. Pero ello sólo sería posible en caso de insuficiencia de la iniciativa privada y nunca para justificar una intervención estatal progresiva, como ha acontecido entre nosotros. Estos claros preceptos constitucionales no han impedido, sin embargo, el desborde del Estado, al exceder sus funciones básicas y asumir el ejercicio monopolístico de actividades industriales o comerciales o la prestación exclusiva de servicios públicos. Por esta causa, la transformación del Estado en Argentina no precisa de reforma constitucional alguna pues, en este sentido nuestra Ley Suprema, pese a su antigüedad venerable resulta ahora más moderna que nunca, al haber adquirido una vigencia real y efectiva gracias al proceso de transformación iniciado por diferentes gobiernos, pero impulsado decididamente a partir de 1989, con las leyes 23.696 y 23.697 (Adla, XLIX-C, 2444:2458).

(2) partido Social Demócrata Alemán ha sido una de las primeras fuerzas políticas europeas de esa tendencia que advirtieron que la estatización había originado la acumulación de un inmenso poder económico en cabeza de una burocracia incontrolada; véase: según apunta ENTRENA CUESTA, en la obra colectiva "El modelo económico en la Constitución Española", dirigida por Garrido Falla, p. 154, Madrid 1981.

(3) al respecto: GOLDSCHMIDT, Werner "Introducción al derecho", p. 409, Buenos Aires 1967.

(4) PAREJO, Alfonso L., "Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa", ps. 29 y sigts., Madrid 1983 apunta que el origen del Estado social de derecho se encuentra en el pensamiento de Heller (p. 30).

(5) Rodolfo C., op. cit., p. 43; MESSNER JOHANES, op. cit., p. 332.

(6) MESSNER JOHANES, op. cit., p. 367.

(7) GARCIA PELAYO, Manuel, "La transformación del Estado contemporáneo", ps. 15 y sigts., Madrid 1977.

(8) ALFONSO, Luciano, op. cit., p. 82.

(9) MESSNER JOHANES, op. cit., ps. 346 - 347.

(10) este sentido, desde el campo doctrinario del neoliberalismo económico, HAYEK ha señalado que "la primera obligación de la gestión pública no es la de asegurar la satisfacción de las necesidades humanas sino la de mantener un orden espontáneo que permita a los individuos desarrollar tal tipo de actividades según fórmulas desconocidas por la autoridad" (conf. "Derecho, legislación y libertad", trad. española, t. II, ps. 63 y sigts., Madrid, 1978-1979).

(11) gr. el art. 38 de la Constitución española de 1978.

(12) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. I, ps. 62-64, Buenos Aires 1990.

(13) Brasil, los cambios normativos se han instrumentado mediante medidas provisionales dictadas por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le atribuye el art. 62 de la Constitución (véase: Medidas provisionales 154/90 --prohibición de reajuste de precios o servicios-- y 155/90 --creación del Programa Nacional de Desestatización--).

(14) GAUTRON, Jean-Claude, "Droit Européen", ps. 110-112, Ed. Dalloz, París 1989, destaca que la primacía del derecho comunitario es una exigencia lógica ligada a tres características del orden jurídico comunitario: 1) la naturaleza de la comunidad que reposa sobre la limitación de los derechos de soberanía de los Estados; 2) la autonomía del derecho comunitario que implica que un texto de derecho interno no le puede ser opuesto o invocado judicialmente y, 3) la unidad del derecho comunitario que impone que las reglas comunitarias no pueden ser paralizadas por las reglas nacionales divergentes (op. cit. p. 110).

(15) todo, hay algunas excepciones a la regla general al admitirse la justicia arbitral entre particulares (con exclusión de la justicia penal) y las autorregulaciones normativas en algunos sectores (v. gr. actividad de las Bolsas y Mercados de Valores).

(16) la conexión entre subsidiariedad y economía social de mercado, véase: MESSNER JOHANNES, op. cit.,

ps. 347 y sigts. La "economía social de mercado" es el sistema económico del Estado subsidiario; ha dicho WOLFRAM ENGELS que dicho sistema "deja intacto el mecanismo de mercado hasta donde sea posible, pero complementando con medidas de seguridad social y de distribución de los ingresos" (conf. "Futuro de la economía social de mercado" trad. del alemán, ps. 39-40, Ed. Eudeba, Buenos Aires 1980).

(17) ha sido obra de la casualidad que el principio de la libre competencia constituya uno de los pilares fundamentales de la Comunidad Económica Europea, al cual se encuentran subordinados los derechos nacionales (véanse: art. 3º, incs. c) y f) y arts. 85 y sigts., entre otros del Tratado de Roma).

(18) gr. el art. 51 inc. 1º de la Constitución española de 1978. En Argentina la protección de consumidores y usuarios se integra con varias leyes, tales como las siguientes: ley 22.802 (lealtad comercial --Adla, XLIII-B, 1346--), 22.262 (defensa de la competencia), 20.680 (Abastecimiento --Adla, XXXIV-C, 2006--), 18.284 (Código Alimentario --Adla, XXIX-B, 1456--), y 16.463 (medicamentos --Adla, XXIV-B, 968--), que constituyen el marco jurídico básico, sin perjuicio de otras normas especiales y de la legislación penal; véase el trabajo "La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley", de ALTERINI, LOPEZ CABANA y STIGLITZ, publicado en Rev. LA LEY, t. 1989-B, ps. 1002 y sigts.

(19) el punto véase: "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" ps. 240-242, Madrid 1984, en el caso "Sotgin" donde se aplicó el art. 48 del tratado que prohíbe toda discriminación basada en la nacionalidad de los trabajadores.

(20) art. 44, de la ley 23.697 que prescribe: "Encomiéndase al Poder Ejecutivo nacional la revisión de los regímenes de empleo, fueren de función pública o laborales, vigentes en la Administración pública nacional centralizada o descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, bancos oficiales, obras sociales y organismos o entes previsionales del sector público y/o todo otro ente estatal cualquiera fuere su naturaleza a efectos de corregir los factores que pudieren atentar contra los objetivos de eficiencia y productividad señalados en el artículo anterior. A tal fin, entre otros medios, la convocatoria y/o creación de las instancias de negociación colectiva con las asociaciones gremiales de trabajadores que representan a los distintos segmentos del personal, posibilitarán acuerdos paritarios para la ejecución de lo dispuesto en este artículo". A su vez, el decreto 1757/90 (Adla, Bol. 25/90, p. 3) en ejercicio de esa potestad ha derogado todas las cláusulas convencionales, actas acuerdo o todo acto normativo que establezcan condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio del poder de dirección y administración empresarial (art. 67). Entre las cláusulas que se derogan se incluyen expresamente las siguientes: a) Cláusulas de ajuste automático de salarios o viáticos; b) Pago de contribuciones y subsidios para fines sociales, no establecidos expresamente en la legislación vigente; c) Normas que impongan el mantenimiento de dotaciones mínimas; d) Normas que limiten o condicionen las incorporaciones o promociones del personal a requisitos ajenos a la idoneidad, competencia o capacidad de los trabajadores; e) Cláusulas o normas que incluyan a niveles gerenciales o de conducción superior en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos de trabajo; f) Regímenes de estabilidad propia.

(21) Preámbulo de nuestra Constitución proclama, entre los fines del Estado, el de afianzar la justicia siendo evidente que este principio, por su jerarquía, se encuentra a la cabeza del ordenamiento, prevaleciendo sobre el derecho positivo creado por el Congreso o por el Poder Ejecutivo.

(22) PAREJO, Alfonso, L., op. cit., ps. 70-72; este autor apunta que "la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social" (p. 71).