

# LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO Y SU PROYECCIÓN AL MODELO DE ESTADO<sup>1</sup>

Por el Dr. Juan Carlos Cassagne 

## SUMARIO

I. Un nuevo modelo de Estado .....	01
II. El quid de la función reguladora y garantística del Estado .....	04
III. La equivalencia entre el Estado Subsidiario y el Estado Regulador y Garante .....	08
IV. Principales características y proyecciones jurídicas del Estado Regulador y Garante .....	09

## I. 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 modelo que puso el acento en lo social a través de una Administración de carácter prestacional y el reconocimiento de los llamados derechos de tercera generación, produciendo un cambio profundo en el modelo del clásico Estado liberal.

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, ha surgido en estos últimos años un nuevo modelo en el que la Administración, en definitiva el Estado, sin abandonar los fines que perseguía el arquetipo anterior, 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 gestión se adjudica de modo preferente a los sectores privados, lo que traduce una manifiesta aplicación del principio de subsidiariedad.

Así, de un modo escasamente percibido por el propio constitucionalismo social, se ha operado un cambio en los protagonistas del derecho público, potenciándose

<sup>1</sup> Conferencia de cierre pronunciada el 12/04/2019 en las XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano llevadas a cabo en el Pazo de Mariñán (La Coruña), dirigidas por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.

el rol de la sociedad que, de mera espectadora de la realidad, pasa a cumplir funciones relevantes, en colaboración estrecha con la Administración Pública.

Este proceso que, a pesar de las crisis económicas viene llevándose a cabo en la mayoría de los países pertenecientes a la cultura política occidental, responde a varias causas. Por de pronto, no implica el abandono de los postulados clásicos en los que se fundaba el Estado de Derecho liberal (principalmente del principio de separación de poderes, el de legalidad y la consagración de las libertades fundamentales) ni tampoco de los derechos y principios proclamados por el constitucionalismo social, reconocidos en la mayoría de las Constituciones sancionadas tras la segunda guerra mundial.

En el escenario antes descrito aparece la concepción del Estado Regulador y Garante<sup>2</sup>, cuya construcción obedece a una serie de razones que van desde las conocidas 2 ineficiencias del sector público, los altos costos que genera el sistema prestacional a cargo del Estado y su política redistributiva, como consecuencia del crecimiento demográfico, hasta el surgimiento generalizado del proceso de globalización de la economía.

Ese conjunto de factores condujo a de 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 de cuajo las trabas burocráticas que afectaban el libre comercio e industria y la iniciativa privada.

Debido a la retirada del Estado gestor se consolidó el dualismo Sociedad-Estado que, según MESSNER<sup>3</sup> 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), ampliando el grado de participación en la economía de los individuos, empresas y demás cuerpos intermedios de la sociedad.

---

2. Véase : ESTEVE PARDO, José, *Estado Garante. Idea y Realidad* , INAP, Madrid, 2015, p. 16 y ss.

3. MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural* , RIALP, TRAD. del alemán, ps. 346-347.

Resulta paradójal 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 pues se trata de una retirada instrumental<sup>4</sup> 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 funciones públicas.

En la filosofía que anida en este proceso hay un retorno a la clásica concepción del bien común<sup>5</sup> que, aun cuando sea un producto medieval, luce ahora nuevamente en muchos de nuestros países 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<sup>6</sup>.

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 meras 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.

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

---

4. ESTEVE PARDO, José, *Estado Garante...* , cit., p. 3 y ss.

5. La conexión entre el bien y el principio de subsidiariedad es por demás evidente en la concepción tomista, véase nuestro *Curso de Derecho Administrativo* , T° I, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 25 y ss. También la doctrina reciente 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* , Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 172-175.

6. 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.

## II. 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 Estado Regulador y Garante. En coincidencia con MUÑOZ MACHADO, si bien con anterioridad ubicamos esta función dentro de la actividad interventora, pensamos que sus características actuales conducen a la superación de las clasificaciones clásicas (una de las cuales se basaba en la diferencia entre actividades de intervención y la de prestación) y que hoy en 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*”<sup>7</sup>.

La regulación se lleva a cabo a través de diferentes 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 y decisiones individuales constituye un universo jurídico que absorbe el contenido de la mayoría de las instituciones del derecho administrativo.

Este proceso que se produce como consecuencia de la inserción del mayor protagonismo de la Sociedad en el Estado exige reconsiderar la reformulación de las instituciones tradicionales del Derecho Administrativo para adaptarlas al nuevo esquema relacional en el que suelen enfrentarse diferentes concepciones sobre el derecho, como ocurre, en los países europeos, más que en Iberoamérica

---

7. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tº XIV, Boletín Oficial del Estado, 4º ed., Madrid, 2015, p. 28.

en la que reina mayor unidad doctrinaria e institucional. Se trata, de una actividad continua, típica de la función administrativa de ordenación y vigilancia de determinadas actividades privadas por razones de interés público, que no excluye el control de la autorregulación. De esa manera, se admiten una serie de actividades privadas que, habiendo sido con anterioridad reguladas por el Estado, escapan su dirección porque han pasado a autorregularse, sin que ello implique que el Estado abdique de su potestad reguladora.

En la búsqueda de las causas que determinan la necesidad de las regulaciones han surgido diversas teorías y posturas que la doctrina ha sistematizado, sobre la base de la realidad europea<sup>8</sup>.

En tal sentido, cabe preguntarse ¿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 -por ejemplo- 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*”<sup>9</sup> hallándose fuera del comercio del derecho privado. Se trata de las funciones básicas y esenciales del Estado como la justicia, la hacienda pública, la defensa, la policía de seguridad y la realización 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, éste tiene a su cargo la organización de dichas actividades. Aquí no hay duda 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, excepcionalmente, sean prestados por particulares a través de la figura de la concesión u otras (vgr. el servicio penitenciario).

---

8. *Ibíd*em 28 y ss.

9. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado...*, cit., ps. 28-29.

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 Iberoamérica, a diferencia 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 acepta que los servicios públicos que se prestan en razón de la demanda (energía, comunicaciones y transporte) ellos puedan ser de titularidad privada también es posible que, para mantener la cohesión social y la calidad de vida de los habitantes, se admita la financiación estatal.

En Iberoamérica, algunos hemos pensado que en el caso de los servicios públicos tradicionales la titularidad del Estado no implica la propiedad o dominio del servicio<sup>10</sup> público sino el poder de regularlo con mayor intensidad. En general, se han simplificado las clasificaciones (a diferencia de Europa), 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 (vgr. 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 el mercado. Aparte de las causas señaladas precedentemente existen otras que también vienen

---

10. PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 176. etín Oficial del Estado, 4ª ed., Madrid, 2015, p. 28.

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 (vgr. en el transporte aéreo)<sup>11</sup>

En lo que concierne a la función de garantía del Estado, ésta ha sido considerada como equivalente a la regulación<sup>12</sup>. En rigor, la función garantística viene a ser una especie de un género de mayor amplitud que es la regulación, dado que ésta última no solo persigue garantizar y asegurar las prestaciones y actividades públicas y privadas que satisfacen las necesidades de la población, sino que también procura promover la competencia y las libertades de mercado, impidiendo las prácticas abusivas y controlando los monopolios materiales, entre otras funciones<sup>13</sup>.

Por lo tanto, la función garantística, aun cuando que sea cumplida por agentes privados a través de la autorregulación, es parte de la función reguladora, constituyendo ésta un “ *supra concepto* ” susceptible de albergar la mayor parte de las funciones estatales, incluso la resolución, en primera instancia, de los conflictos de naturaleza jurisdiccional, en el campo de los servicios públicos. El alcance de la regulación es por sí mismo muy amplio al comprender tanto la actividad de promoción como la de garantizar que los operadores del mercado no desvirtúen la libre competencia o no ejerzan sus poderes monopólicos (en el caso de los monopolios naturales) de un modo abusivo, en perjuicio de los usuarios o clientes.

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, que constituye el eje sobre el que gira la concepción del bien común como causa final de Estado en este último.

---

11. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado...* , ps . 32-33.

12. MAURER, H artmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 53

13. Vid : ESTEVE PARDO, José, *La nueva relación...* , cit., p. 109 y ss., una de las exposiciones más completas

### III. LA EQUIVALENCIA ENTRE EL ESTADO SUBSIDIARIO Y EL ESTADO REGULADOR Y GARANTE

Como se ha señalado, el quiebre del Estado prestacional y el mayor protagonismo consecuente de la sociedad en las actividades de relevante interés público que venían siendo gestionadas por órganos y entes estatales, ha originado un nuevo modelo de sobre el tema. Estado (denominado Regulador y Garante) cuyos fines y objeto resultan equivalentes a los que, desde la década del noventa del siglo XX, cumple el denominado Estado Subsidiario.

En efecto, reiterando lo que dijimos hace algún tiempo<sup>14</sup>, el Estado Subsidiario constituye una organización binaria que se integra con una unidad de superior jerarquía que ejerce funciones intransferibles (justicia, defensa, relaciones exteriores, legislación básica, seguridad, hacienda) pertenecientes al Estado como comunidad superior que ejerce esas funciones directivas y que, al propio tiempo, completa su accionar con la colaboración de una serie de instituciones públicas y privadas que concurren a la satisfacción de las necesidades colectivas (vgr. educación, previsión social, salud, servicios públicos). Lo trascendente de este modelo es que la intervención del Estado en el campo económico-social es, en principio, supletoria, por aplicación del principio de subsidiariedad, que está en la base de la concepción tomista del bien común, cuyo retorno ha sido destacado por parte de la doctrina<sup>15</sup>.

Este principio -en su faz pasiva- veda al Estado la realización de todo aquello que los particulares puedan hacer por su propia iniciativa y, al propio tiempo, obsta a que el Estado absorba las funciones que puedan llevar a cabo las entidades públicas de menor jerarquía (ej. Provincias) o los llamados cuerpos intermedios de la sociedad que llevan a cabo funciones públicas (vgr. Colegios profesionales). A la vez, en su faz activa, ese principio obliga al Estado a desarrollar aquellas actividades de interés público ante la insuficiencia de los particulares o entidades intermedias.

<sup>14</sup>. Cabe citar, entre otros trabajos doctrinarios nuestro *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 62 y ss., y ediciones anteriores

<sup>15</sup>. Véase: FELDER, CH., *La economía del bien común*, ed. Deusto, Madrid, 2012 y KEYS M.M. Aquines, *Aristotle, and the Promise of the Common Good*, Cambridge University Press, 2006, mencionados por ESTEVE PARDO, José en *Estado Garante* ... cit., p. 172.



#### **IV PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y PROYECCIONES JURÍDICAS DEL ESTADO REGULADOR Y GARANTE**

Lejos estamos de hacer aquí un estudio completo y exhaustivo sobre el fenómeno de la regulación pero, al menos, expondremos sus principales características y proyecciones jurídicas.

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 (también sujeta al control regulatorio) junto al surgimiento del contrato como fuente de la regulación de determinados sectores de la industria o comercio. Tal es lo acontecido en nuestro país con el acuerdo plurilateral sobre 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 provincial, 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 modelo de la regulación de monopolios 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, sin prácticas abusivas y poderes dominantes.

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 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<sup>16</sup>, 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 incluso los límites a la revisión judicial que imponía la doctrina del “*ultra vires*”<sup>17</sup>, 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,

---

16. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado...*, cit., ps. 261.

17. ESTEVE PARDO, José en *La nueva relación ...* cit., p. 150 y ss.

además, deben gozar de garantías de independencia e imparcialidad<sup>18</sup>.

Al concluir este resumido panorama sobre el nuevo modelo del denominado Estado Subsidiario (Regulador y Garante) cabe reiterar que el mismo no implica abdicar de los principios que nutren al Estado de Derecho ni tampoco de los fines que perseguía el Estado prestacional. Se trata de un cambio instrumental acerca del papel del Estado y de la Sociedad en la regulación de los intereses generales que hacen al bien común.

Por otra parte, como la realidad siempre termina por suplantar a las conjeturas de los juristas e ideólogos, el nuevo modelo, antes que provocar una declinación del derecho público, ha producido y continúa produciendo una extensión objetiva<sup>19</sup> y subjetiva<sup>20</sup> 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.

En ese sentido, el nuevo modelo de Estado Regulador y Garante, encaja en lo que se ha llamado el nuevo constitucionalismo o neo-constitucionalismo, que representa un sistema de superior jerarquía, al que debe también adaptarse.

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<sup>21</sup> que, aunque parece darse solo en el campo de la filosofía del derecho, se reproduce con real intensidad en el ámbito de la actividad regulatoria de la Administración.

---

18. PERRINO, Pablo Esteban, *Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 406, p. 75 y ss.

19. ESTEVE PARDO, José, *La nueva relación...*, p. 150 y ss.

20. *Ibidem*, p. 156 y ss.

21. Tema que abordamos en nuestro libro *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, ed. Reus, Madrid, 2016, p. 52 y ss.