

DIMENSIÓN CONTEMPORÁNEA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ESTATAL

DIMENSÃO CONTEMPORÂNEA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ESTATAL

JUAN M. GONZÁLEZ MORAS

Abogado por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina y Master en “Gobierno Regional y Local”, Universidad de Bologna, Italia; Miembro del Comité Ejecutivo de la ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO ADMINISTRATIVO; Profesor Adjunto regular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Prof. de la materia “Fuentes Internacionales del Derecho Administrativo” de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral; y de distintas materias en las Especializaciones en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue; MDA de la Universidad Católica de San Juan, entre otras.

RESUMEN

Al intentar discurrir sobre una posible *dimensión contemporánea* del principio de subsidiariedad, la primera cuestión que se nos plantea es si ello efectivamente puede plantearse en alusión a un “principio” que ha sido históricamente catalogado: a) como un principio propio de la filosofía política; o b) como perteneciente al derecho natural. Y, para ello, en cualquiera de los casos, creemos que resulta necesario comprender –para no confundir algunas cuestiones que resultan fundamentales- que el “principio de subsidiariedad” no es un principio jurídico. En efecto, desde nuestra perspectiva, se trata (bajo cualquiera de sus formulaciones históricas) de principio de orden u *ordenación* social. Un principio perteneciente al campo de lo *político* en el sentido más propio del término. Una vez establecido ello, la segunda cuestión que surge, lógicamente, es qué significado –contemporáneo- puede tener este principio.

PALABRAS CLAVE: principio subsidiariedad, constitución económica, ordenación social.

RESUMO

A finalidade do presente artigo é discorrer sobre uma possibilidade de refletir a dimensão contemporânea do princípio da subsidiariedade. A primeira questão a ser abordada é se o mesmo pode efetivamente ser mencionado enquanto princípio que tem sido historicamente catalogado: a) como um princípio próprio da filosofia política; b) como pertencente ao direito natural. Para tanto, na medida em que se enquadra em um dos quadros analisados, necessariamente há de se compreender – para não confundir questões fundamentais – que o *princípio da subsidiariedade* não é um princípio jurídico. Trata-se – sem considerar qualquer formulação histórica – de um princípio de ordem ou *ordenação* social, assim sendo um princípio pertencente ao campo da política em sentido mais apropriado. Por fim, a segunda problemática surge, de forma lógica: o significado contemporâneo que esse princípio potencialmente descortina.

PALAVRAS-CHAVE: principio da subsidiariedade, constituição econômica, ordenação social.

1.- INTRODUCCIÓN

Al intentar discurrir sobre una posible *dimensión contemporánea* del principio de subsidiariedad, la primera cuestión que se nos plantea es si ello efectivamente puede plantearse en alusión a un “principio” que ha sido históricamente catalogado: a) como un principio propio de la filosofía política; o b) como perteneciente al derecho natural.

Y, para ello, en cualquiera de los casos, creemos que resulta necesario comprender –para no confundir algunas cuestiones que resultan fundamentales- que el “principio de subsidiariedad” no es un principio jurídico.

En efecto, desde nuestra perspectiva, se trata (bajo cualquiera de sus formulaciones históricas) de principio de orden u *ordenación* social. Un principio perteneciente al campo de lo *político* en el sentido más propio del término.

Una vez establecido ello, la segunda cuestión que surge, lógicamente, es qué significado –contemporáneo- puede tener este principio.

En este sentido, cabría señalar, para no dar más rodeos, que la idea de “subsidiariedad” surge -en la historia- a efectos de ordenar y separar las actividades públicas y privadas. Es decir, ordenar los ámbitos de actuación del poder público y la sociedad civil.

Orden social que, desde el punto de vista filosófico-político será, desde ya, muy disputado. Tanto desde las concepciones naturalistas (religiosas o racionalistas), como las propias de la filosofía de la historia.

Aunque nunca, en cualquier de sus versiones, podrá ser catalogado, reiteramos, como un principio jurídico -en sentido estricto-, sino más bien como representación de una particular concepción filosófico-política de origen liberal.

De esta forma, y básicamente, deberá tenerse presente que a este principio se lo inscribe como principio básico o matriz de la separación, y posterior relacionamiento, entre las competencias (en sentido finalista, primero; y luego, como atribución competencial al poder público en sentido estricto) públicas y privadas, en la concepción -y tradición- del Estado de Derecho liberal. Esto es, como principio de relacionamiento entre las diversas formas organizativas existentes en la sociedad (en una progresión que va desde el individuo considerado como ser social, hasta el Estado como forma de agregación superior, pasando por todos los organismos intermedios, familia, Iglesia, etc.), y como criterio rector de la asunción de competencias por parte de las formas más grandes de asociación, frente a las más pequeñas. El principio afirmará el valor de la autonomía, y la necesidad de la no intervención de las formas de organización superiores, siempre que las menores puedan desarrollar suficientemente sus cometidos.

Esta breve esquematización del principio de subsidiariedad, nos da como resultado la perspectiva de sus dos posibles implicancias: la primera *horizontal*, relativa al respeto del principio en el reparto de competencias entre las esferas de poder público y la sociedad civil (o, en otros términos: entre el Estado y el mercado); y otra *vertical*, relativa a la forma de ejecución de esas prerrogativas asignadas al Estado, por parte de sus órganos; es decir, el respeto del principio entre las diversas esferas de poder público en que pudiera estar organizado políticamente el Estado,

resguardando la posibilidad de que siempre se actúen las competencias públicas en el ámbito más cercano al ciudadano, miembro de la sociedad civil.

Aquello sobre lo que se ha reflexionado durante siglos es el posible impacto de la incorporación de este principio político, como factor de homogeneización de las distintas concepciones del Estado –o más en general, de las relaciones del sector público y la economía- en las tradiciones culturales de los distintos Estados liberales.

2.- CONCEPTUALIZACIÓN. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

2.1.- Etimología de la noción “subsidiariedad”. Incorporación del concepto al pensamiento clásico.

El principio de subsidiariedad, como principio de organización social, representa un particular intento de dar respuesta a uno de los temas centrales de la filosofía política moderna, que puede básicamente reducirse en la pregunta por la finalidad del Estado, por sus fines o roles; entonces: ¿qué compete al poder público? ¿Qué tipo de tareas puede legítimamente realizar el poder público sin invadir la esfera de autonomía propia de los individuos y las organizaciones sociales intermedias? ¿Aquellas tareas que competan al poder público, serán sólo tareas inmateriales o aún materiales o de intervención en la economía? Y luego, finalmente, ¿cómo limitar estas intervenciones del poder público?¹

¹ Hemos abordado extensamente la cuestión en: GONZÁLEZ MORAS, **Juan M., Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de Subsidiariedad**, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000; De cualquier manera, y para una conceptualización del principio de subsidiariedad, ver, entre la vastísima literatura existente, en general, los siguientes volúmenes: **Favio Roversi Monaco** (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazione*, Quaderni della SPISA (Suola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione); Maggioli Edit., Rimini, 1997, atti del Convegno per il 40° della SPISA, Bologna, 25-26 settembre 1995; (y en particular en este trabajo: **Frattini, Franco**, “Relazione introduttiva”; op., cit., pág. 61 y ss.; **CASSESE, Sabino**, “**L’Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea**”; op., cit., pág. 73 y ss.; **CHITI, MARIO P.**, **Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo**, op., cit., pág. 85 y ss.); **D’ANGOLO GUIANLUCA**, **La sussidiarietà nell’Unione Europea**, CEDAM, Padova, 1998 (especialmente capítulo introductorio, sección 2; y bibliografía en apéndice). Sobre la doctrina social de la Iglesia Católica y sus desarrollos actuales del principio de subsidiariedad, ver in extenso el volumen: **Vittadini, Giorgio** (a cura di), “*Sussidiarietà. La riforma possibile.*”; RCS libri, Milano, 1998. **Rinella, Angelo**; **Coen Leopoldo**; **Scarciglia, Roberto** (a cura di), “*Sussidiarietà e ordinamento costituzionali. Esperienze a confronto.*”, CEDAM, 1999; (especialmente, ver la referencia bibliográfica en apéndice).

2.1.1.- Principio de organización social, propio de la filosofía política.

La discusión sobre la *pertenencia* de la idea de subsidiariedad al ámbito de la filosofía política o al de la realidad de las instituciones y el ejercicio de las funciones por los poderes constituidos del Estado, es algo que nuestra doctrina nacional ha abordado aunque con soluciones que no podemos compartir.

En efecto, en primer término, tenemos que Barra ha señalado que la distribución de competencias nos lleva naturalmente a la formulación del principio de subsidiariedad por el cual la competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias– no pueda o no deba desarrollarse. La aplicación del principio de subsidiariedad importará regular los límites de las competencias estatales y, por consiguiente, fijar los alcances de todas las competencias sociales.

Siendo la “subsidiariedad” para este autor, por tanto, un “*...principio rector del orden social...*”

Ahora bien, agrega:

...el núcleo de la cuestión consiste en una apropiada aplicación del principio de subsidiariedad en su materia más sustancial: la relación entre el Estado y la sociedad, de manera que tales relaciones sean variables según las exigencias y aplicación de aquel principio. Su aplicación excluye, necesariamente, la vigencia de las ideologías liberales, socialistas o marxistas u otras de cualquier tipo- que, inevitablemente, producen el congelamiento de las relaciones Estado-sociedad dentro de un modelo que tiende a mantenerse rígido e inmutable a pesar de los cambios de circunstancias.

Consideraciones que lo llevan a sostener, para nosotros de manera incongruente con la definición anteriormente dada, que:

De aquí entonces la necesidad de la ‘reforma del Estado’, que puede ser definida como la actividad permanente destinada a mantener la relación Estado-sociedad de acuerdo con las exigencias de las circunstancias valoradas según el principio de subsidiariedad.

Esta debe ser una actividad permanente conducida por el gobierno, de acuerdo con el proceso democrático de toma de decisiones, ya que también es permanente el cambio en el juego de equilibrios entre las competencias estatales (públicas) y las competencias sociales (privadas).²

² BARRA, Rodolfo C., **Tratado de derecho administrativo**, Tomo 1, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, págs. 62 -63 y 97-98.-

Incongruencia que viene dada, entonces, por la consideración, por un lado, del principio de subsidiariedad como “...*principio rector del orden social...*” y, a renglón seguido, su vinculación con la idea de la “reforma del Estado” entendida como “...*proceso democrático de toma de decisiones...*” que implica hipotéticos cambios permanentes en la gestión de la actividad estatal.

Hay allí, evidentemente, dos planos de discusión totalmente disímiles. El principio de subsidiariedad, por un lado, que implica una discusión de tipo “constitucional” y, por otro, la idea de “reforma del Estado” pensada como una actividad permanente a cargo de los poderes constituidos del propio Estado.

Algo parecido a lo sostenido, por su parte, por Cassagne, quien ha señalado que:

La asunción por el Estado de los cometidos que lleva a cabo reconoce como fundamento el principio de subsidiariedad, **perteneciente al Derecho natural**, que actualmente preside los procesos de transformación o reforma que se han generado en diversos países del mundo.

(...) el llamado contenido negativo del principio de subsidiariedad constituye el principal límite a la intervención estatal en aquellos campos donde, por la naturaleza de las tareas a realizarse, corresponde que las respectivas actividades sean asumidas por los particulares.

Pero el principio de subsidiariedad entraña, también, un contenido positivo que vincula al Estado y le impone el deber de intervenir, en caso de insuficiencia de la iniciativa privada, en la medida que su injerencia sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad de los particulares.³

Es decir, se pone en un mismo plano al principio de subsidiariedad como perteneciente al “derecho natural” y a los “procesos” de transformación o reforma del Estado.⁴

Conceptualización que, por lo dicho, y las cuestiones que seguidamente se abordarán, no podemos compartir.

2.1.2. El principio de subsidiariedad no puede ser entendido como un principio jurídico.

³ CASSAGNE, Juan C., **La intervención administrativa**, Abeledo-Perrot, 2^o edición, Buenos Aires, 1994, págs. 22 y 23.-

⁴ Sobre la denominada “reforma del Estado”, nos permitimos remitir a: GONZÁLEZ MORAS, Juan M., **Servicios Públicos y reforma del Estado. Del ‘Estado de excepción’ al orden público internacional de los derechos humanos**, Revista Urbe et Ius, Buenos Aires, 2006.

El principio de subsidiariedad se afirma como un criterio de ordenación de las relaciones público/privado, en la época del constitucionalismo clásico, a través de la incorporación del denominado principio de legalidad.

Y esto es así, en tanto, la idea de subsidiariedad requiere siempre de una actuación, de una “traducción”, concreta en el tiempo y en el espacio; no puede independizarse, conceptualmente, de este momento de actuación o concreción de sus modalidades en el esquema de una sociedad determinada.

En algún momento, más tarde o más temprano, “alguien” debe decidir que es aquello que el Estado debe o puede realizar “subsidiariamente”. Y esta claro que esto no puede ser realizado arbitrariamente.

2.1.3. El principio de subsidiariedad presupone un *momento constitucional* en el que se define la matriz de actuación del Estado.

Ahora bien, esta conceptualización general, no debe conducir a equívocos. Posibles equívocos que estarán, en realidad, a la orden del día a partir de la misma ambigüedad de la noción o principio que estamos tratando.

En efecto, y según se ha puesto de relieve, el principio de subsidiariedad –que siempre intentó enmarcarse como principio de organización social *natural*, es decir, fuera de toda consideración tempo/espacial- debió ser puesto *en la historia*, jurídicamente, y como vimos, a través del principio de legalidad. La misma *ratio* del constitucionalismo, a pesar de su carácter notablemente universalizador de las tendencias liberales, lo demandaba.

La conceptualización se concentraba en una normativa concreta, primero constitucional, luego legal, que por su *positividad*, también, es decir, por su necesaria tempo-espacialidad, receptoría las más variadas interpretaciones del principio de suplencia rector.

Esto es, cada sociedad, al constituirse como Estado de Derecho, es decir al darse una ley fundamental que regularía y sujetaría la organización del poder público y sus relaciones con la sociedad civil, podría siempre variar las formas concretas del

reparto de cometidos entre público y privado. Sin por ello desconocer la vigencia del principio. Es decir, su vigencia a la base de la misma conceptualización *constituyente*.

Las necesidades sociales, esencialmente contingentes, que pueden ser confiadas para su satisfacción al poder público, podían perfectamente incluir a determinadas actividades en principio sometidas a las reglas del mercado, esto es, de la libre iniciativa privada. Se otorga de esta manera al poder público un cometido que funcionará como *prerrogativa/deber* respecto a las relaciones de aquel con la sociedad civil.

En este ámbito de *particularización* del principio de subsidiariedad en su faz constitucional, aparecerá la noción de servicio público, como actividad que se desprende de la esfera estrictamente privada, para ser puesta en cabeza del Estado en su esfera de acción pública.

Lo que resulta evidente, pues, es la puesta en tela de juicio de la *neutralidad económica* de las constituciones liberales. La posibilidad de la estricta separación, a través del proceso constituyente, del poder político y el económico.

Ello en tanto, la afirmación –clásica ella misma-, resulta viciada de dogmatismo a la luz de las consideraciones vertidas en torno a la propia conceptualización originaria del principio de subsidiariedad. Todo ello en cuanto, el constitucionalismo clásico, contribuyó a la cristalización de un determinado orden social. No cualquier orden social. Un orden social, dijimos, basado sobre la absoluta prevalencia del interés privado, transformado –el orden social- en una serie de derechos considerados naturales e inalienables: la propiedad, el primero; la libertad de mercado, luego, como su consecuencia directa⁵.

⁵ PASTORE, Baldasar, Quali fondamenti per il liberalismo? Identità, diritti, comunità politica; **Rivista Diritto e Società**, 1997, pág. 428; aclara este autor: “La neutralidad liberal...viene entendida en el sentido de que las cuestiones relativas al campo de la ética deben ser sustraídas a la discusión y tenidas fuera de la agenda pública. Pero cada ordenamiento jurídico y político es también expresión de una forma de vida, en el sentido de que cada sociedad incorpora inevitablemente ciertas formas de vida y preclude otras. Y resulta evidente que las concepciones del bien son un elemento central de las formas de vida...”. Por su parte, **García Pelayo, Manuel**, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Alianza Editorial, Madrid, 1989, pág., 34, señala que: “Desde el punto de vista de la Teoría del Estado, merece la pena señalar que la distribución ha sido siempre un concepto clave de la estructura y función del Estado o de los órdenes políticos que le han precedido en la historia, si bien cambian naturalmente sus modalidades y contenidos. Así no hay Estado que no suponga una distribución de poder entre gobernantes y gobernados, lo único que varía son los criterios, límites y medios de tal distribución; sobre esta distribución básica, el Estado procede a distribuir el poder dentro de su propia organización en instancias, potestades y competencias, y a atribuirles a sus correspondientes titulares;...”. Siendo, en efecto, y según tendremos oportunidad de analizar luego, la

2.2. Principio político rector de la plasmación constitucional del reparto de competencias. Su aplicación *horizontal*.

2.2.1. Asunción de competencias de contenido económico por parte del Poder Público.

Como hemos visto, el principio de subsidiariedad es concebido, en primer término, como principio de distribución de competencias –en sentido amplio–, entre el poder público, en cualquiera de sus manifestaciones territoriales, y la sociedad civil. Como núcleo organizador de interacción social sobre la base del interés económico privado. Luego, y correlativamente, implicará un término de referencia para la *legitimación* política de aquella división competencial, y de las posibles intervenciones públicas en la economía.

Esta formalización básica del principio de subsidiariedad, será considerada como de incidencia *horizontal*, en tanto principio organizador de las relaciones público-privado.

Concepción filosófico-política que, a partir de la consolidación y difusión del constitucionalismo clásico o liberal, y de su fruto más directo, el Estado de Derecho, será traducida jurídicamente al bloque de legalidad de cada uno de los sistemas jurídicos nacionales. Combinándose así, necesariamente, y según se ha tenido oportunidad de argumentar anteriormente, el principio de subsidiariedad con el llamado *principio de legalidad*, o de legitimidad formal del Estado de derecho.⁶

parte más conflictiva de este reparto de competencias entre el Estado y la sociedad, la así llamada “constitución económica”.

⁶ Respecto a las limitaciones de un análisis de la *legalidad formal*, retengo importante las siguientes reflexiones: “Una aproximación meramente jurídico-formal al análisis de las funciones del Estado está destinado a producir efectos distorsivos, a no hacer comprensible la realidad del modelo institucional (...) Esto deriva del hecho de que las funciones del Estado son antetodo políticas: el Estado las actúa utilizando una serie de poderes jurídicos que producen en conjunto un éxito comprensible y valorable solo en relación a los objetivos políticos subyacentes. Además, en un contexto en el cual en modo evidente los poderes formales del Estado miden su efectividad en relación a condicionamientos externos, solo un acercamiento sustancial será idóneo para hacernos comprender si y en qué medida el poder que el Estado se auto-atribuye...es efectivo o solo expresión de veleidades (...) Una aproximación sustancial es por ende necesaria sea para individuar funciones (como concretamente aquella de la redistribución de la riqueza) que no están formalmente institucionalizadas, sea para verificar la consistencia real de funciones y poderes, para evitar su definición en términos inactuales: y solo formales...Cada proposición jurídica debe, sobretodo ahora, pasar la prueba de una verificación de efectividad. Lo mismo vale para las tesis que apresuradamente teorizan el fin del Estado o al menos su ya concreta marginación, prescindiendo del análisis de las funciones que

Relación que sufrirá importantes cambios a partir de la crisis del Estado de Derecho (o como la hemos llamado, primera crisis de la legalidad formal) y su transformación constitucional (formal-material, según el caso o los sistemas constitucionales implicados) en Estado Social de Derecho.

2.2.2. Principio de subsidiariedad, iniciativa económica pública y reservas de mercado.

La necesidad de sustancialización de las declaraciones de derechos (formales) que contenían las constituciones clásicas del siglo XIX, ante la realidad de las desigualdades sociales –y su retroalimentación por parte del propio sistema de derechos incorporado a aquellas- conllevó, por una parte, a la concepción de los llamados derechos sociales o de segunda generación, y por otro, a la modificación de la supuesta *neutralidad económica* del modelo de Estado que imponían las mismas constituciones.

Y, por lo tanto, a una nueva configuración del esquema de relacionamiento público-privado, donde el poder público fue cargado de nuevas competencias/deberes, en orden a la satisfacción y defensa de los nuevos derechos sociales.

Lo que, claro está, no podría llevar a la suposición de un alejamiento del esquema primigenio de subsidiariedad por parte del poder público, sino más bien, y en todo caso, a su *actualización* en función de nuevas realidades y necesidades sociales que son puestas sobre las espaldas del propio Estado. Y esto, en tanto no se negará –o mejor: no será transformado- el esquema de atribución de competencias a través de su progresiva incorporación al bloque de legalidad vigente en los distintos sistemas; esto es, seguirá plenamente vigente la característica principal del llamado Estado de Derecho.

Variará, en definitiva, el grado de intensidad de la nueva modulación de un sistema constitucional (formal-material) a otro.

Harán aparición así, normas constitucionales que preverán distintas formas de participación del Estado en la regulación de la actividad económica; formalizándose de esta manera, distintas técnicas o *títulos* de intervención.

efectivamente el mismo ejercita...”, conf. GIANPAOLO Rossi, Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell’economia e nella redistribuzione della ricchezza., in **Diritto Pubblico**, n. 2, 1997, pág. 292.-

Las nuevas (que en algunos casos, como hemos visto, no eran verdaderamente nuevas, sino que se formalizaban constitucionalmente) potestades del Estado varían su intensidad; comenzando por el reconocimiento *–lato sensu–* de la iniciativa económica del Estado en razón de una carencia de iniciativa privada o un especial interés público comprometido; siguiendo en concretas reservas de mercado en favor del mismo; hasta la adopción de esquemas de planificación sectorial o global de las economías nacionales.

Grados de intensidad que, en realidad, están describiendo la aplicación de lo que en el constitucionalismo alemán se ha dado en llamar el *principio de proporcionalidad*; esto es, un esquema de adecuación racional de los medios a los fines de intervención previstos; o, mejor: la valoración de los medios necesarios para el logro del fin preestablecido, o la mayor o menor profundidad que se concede, al momento de actuación de las normas constitucionales habilitantes, a la intervención del poder público en la economía.⁷

La actuación constitucional de este cambio de paradigma en cuanto al rol o función del Estado, no sería actuada, sin embargo, homogéneamente, desde el punto de vista de su recepción constitucional-formal. Lo que, desde el punto de vista de los posteriores desarrollos de la teoría del Estado, traerá sus consecuencias.

En efecto, se notará una marcada diferencia entre los países de tradición jurídica anglosajona, respecto a aquellos de tradición continental europea, incluidos gran parte de los países sudamericanos.

La diferencia, creemos, sustancial, pasará por la modificación de los paradigmas de actuación del Estado sin reformas formales de las normas constitucionales. Por el contrario, gran parte de los países europeos y sudamericanos, incorporarían -en líneas generales- a sus marcos constitucionales, las reformas en torno al rol del Estado ya comentadas.

⁷ “El principio ha encontrado desde los primeros años del siglo directa relevancia en el orden económico (...) Si es tarea de los poderes públicos, entre otras, aquella de concurrir a la construcción de un orden social en el cual la riqueza encuentre una justa distribución, puede no ser siempre necesario una intervención directa del Estado en la economía. El mismo objetivo, de hecho, bien podría ser perseguido a través de una particular ‘atención’ de los poderes públicos respecto al ejercicio de actividades emprenditoriales estrictamente conectadas con algunas necesidades de los ciudadanos. La intervención pública, en los casos en que se trate de servicios de interés público o estratégicos para la igualdad de los ciudadanos, para el crecimiento y la libertad del individuo, podría aún limitar su incidencia a las reglas de la libre competencia de los privados en tales sectores, para la tutela de los usuarios de tales servicios.” Conf. FRATTINI, Franco, **Relazione introduttiva**; op., cit., pág. 63.-

En consecuencia, el posterior movimiento de reforma del Estado –justamente iniciado en los países de tradición anglosajona- implicará para aquellos solo la *revisión* de las políticas que se venían desarrollando a expensas de la ampliación de las potestades o competencias públicas modulada a través de los llamados poderes implícitos o de emergencia. De esta forma, el paradigma del *Welfare State*, muy a pesar de los pensadores liberales norteamericanos, se desmoronaría sin mayores complicaciones desde el punto de vista de la teoría y práctica del derecho público, constitucional-administrativo.⁸

La cuestión en el mundo jurídico continental europeo no será tan sencilla. Y demandará una mayor labor interpretativa por parte de los actores del sistema. Y esto porque, en gran parte de estos países, el modificar sin más la concepción y rol del Estado devendría ignorar la letra de sus cartas constitucionales.

Lo que no sería en realidad un impedimento, para que pueda efectivamente desarrollarse, y en algunos términos en perfecta concordancia con los textos constitucionales, una amplia reforma de cometidos por parte de estos Estados. Todo ello, a partir de una nueva lectura del esquema de relación público-privado dinamizada a través del principio de proporcionalidad; esto es, *sin desconocer las competencias* –y correlativas obligaciones por parte del Estado en tanto garante de la prestación y control de determinadas actividades económicas de relevancia social, y de la regulación del derecho de propiedad privada y libre empresa en función

⁸ Uno de los ejemplos más notables en este sentido (de reforma del rol del Estado a “constitución invariada”) lo proporciona el caso de los Estados Unidos de América; en efecto, según expresa un autor: “La regulación constitucional de las relaciones entre libertad económica y fines sociales en los Estados Unidos es la historia de la metamorfosis de los significados atribuidos a algunas cláusulas generales. En particular, la *commerce clause* (art. I, secc. 8) y la *due process clause* (enmiendas V y XIV), escritas originariamente con la atención puesta antetodo a las garantías del privado y leídas en esta clave por una larga jurisprudencia de la Corte Suprema [Sentencias, *Gibbons v. Ogden*, 1824; *United States v. E. C. Knight Co.*, 1895; *Lochner v. New York*, 1905; *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 1935], son gradualmente mutadas, quedando invariada su letra, como sostén de una amplia coexistencia entre libertad de empresa privada y una intensa disciplina publicística, federal y estatal (...) La mutación comienza con la segunda mitad de los años treinta, cuando la Corte Suprema muestra el haber asimilado las enseñanzas de la gran depresión económica, de las inaceptables desigualdades sociales producidas por el mercado espontaneo, de nuevas opiniones públicas, de nuevas culturas. Factores todos que condujeron a considerar como necesario un *positive government*, un aparato público que cada vez más sistemáticamente disciplinase la economía y sociedad. A partir de entonces cae definitivamente la idea de que *property*, empresa y libertad contractual constituyan límites implícitos a la acción de los poderes públicos, según la antigua tradición iusnaturalista americana, y comienza a consolidarse una experiencia que, habiendo repudiado en línea de principio las colectivizaciones, ha sin embargo desembocado en una penetrante regulación legislativa y administrativa de los mercados privados.”; conf. D’ALBERTI, Marco, *Considerazioni intorno all’art. 41 della Costituzione*; in **La Costituzione Economica. Prospettive di riforma dell’ordinamento economico**. Edizioni del Sole 24 Ore, Milano, 1985, pág. 139 y 140.-

social- se procederá a la mutación de las técnicas de intervención asignadas, o mejor: se dará paso a nuevas formas de actuación de aquellos principios a partir de una re-regulación (como efecto de la des-regulación) de las actividades gestionadas o controladas por el Estado.

2.3.- El principio de subsidiariedad *ingresa* al ordenamiento jurídico a través del principio de legalidad.

El constitucionalismo liberal logró plasmar un modelo de rereconocimiento entre las esferas públicas y privadas (Estado y sociedad civil), bajo la vigencia del principio de Legalidad, que vendrá a poder en práctica –como un modelo constitucional que se trasladará a la casi totalidad de los Estados occidentales- el principio de subsidiariedad.

Ello, en tanto, el Estado (poder público) estará, por definición, limitado constitucionalmente, a través de un elenco de potestades expresamente otorgadas por la sociedad civil, más allá de las cuales, toda intervención será ilegítima.

Modelo que, desde ya, en lo que hace a la extensión y poderes expresamente atribuidos al Estado, hará que la actuación concreta del principio de subsidiariedad, varíe de constitución en constitución.

Es decir que, en principio, y desde el punto de vista del modelo general, todo Estado constitucional de derecho es, por definición, un Estado subsidiario.

Variando, de caso en caso, el grado de autonomía que se asegura a cada sociedad y el alcance de las prerrogativas o competencias de intervención que se reconocerá al poder público.

3. LA IDEA DE SUBSIDIARIEDAD EN LA HISTORIA.

Puede claramente visualizarse al principio de subsidiariedad como *rector* de las ideas que confluían en:

- a.- La fundación de la llamada “ciudad-estado” de la antigüedad clásica;
- b.- La teoría del Estado liberal de derecho. Y, principalmente, del constitucionalismo clásico.
- c.- La doctrina social de la Iglesia.

d.- El proceso de “reforma del Estado” iniciado en los años ‘70 y cuyo apogeo se daría, entre nosotros, durante la década de 1990.

e.- El esquema de reparto de competencias entre la Unión europea y sus países miembros (Tratado de Maastrich, 1992).

De todos estos momentos, el más cercano en el tiempo y en sus efectos respecto a las actuales discusiones en torno a la idea de subsidiariedad, será claramente el vinculado con la llamada “reforma del Estado”.

En efecto, entre nosotros, y durante la década de 1990, el discurso doctrinario se embanderó –casi sin fisuras- a favor de una idea de “reforma del Estado” signada por el influjo de un oscuramente argüido “principio de subsidiariedad”.

Oscuramente porque, desde un primer momento, se recurrió al mismo como un “principio del derecho natural” que, por ende, debía ponerse en práctica de manera necesaria.

Ahora bien, lejos de dichas posturas –a la vez reduccionistas del contenido e historia de dicho “principio” y maximalistas en cuanto a sus consecuencias “prácticas”, bajo la idea de “subsidiariedad” se han discutido, en otros tiempos y lugares, cuestiones bien distintas:

a) en el mundo anglosajón, hacia mediados de los años 70, se discutió el alcance del llamado Estado de Bienestar sobre la idea básica de que dicho modelo ya había cumplido con sus objetivos.⁹

b) en la Europa comunitaria, y a partir del Tratado de Maastricht (1992) se discutirá el reparto de poder entre los órganos de gobierno Comunitarios (Comisión) y los Estados miembros;

c) finalmente, y desde un punto de vista puramente filosófico –ideológico-, la subsidiariedad recalca en la doctrina social de la iglesia para terminar incidiendo no ya en la definición de las formas de organización políticas de la comunidad (momento constituyente) sino, más bien, en las políticas económicas de los gobierno de turno.

Esto llevó a justificar una violenta (por lo rápida) y no debatida “reforma del Estado” que se tradujo, en definitiva, en un mero proceso de venta de activos públicos: las llamadas privatizaciones.

⁹ NOZICK, Robert. **Anarquía, Estado y Utopía**, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991. Obra originalmente publicada a mediados de la década de 1970.-

Llevaría, en definitiva, a fundar una idea de supuesta “neutralidad” de nuestro modelo de Estado (desde 1853 hasta ahora, pasando incluso por 1994).

Ese teórico Estado “neutral” se erigiría (pretendidamente) en lo que se llamó Estado “regulador”. El nuevo tipo “histórico” de Estado.

3.1. El estudio de la intervención del Estado en la esfera de la sociedad civil (del mercado), dio lugar al concepto de “constitución económica”.

Desde nuestro punto de vista, hemos sostenido en otras oportunidades que el estudio de la intervención del Estado en la esfera de la sociedad civil daría lugar al establecimiento de un verdadero enclave teórico como lo es la noción de “constitución económica”.

Idea que, a su vez, se encuentra apoyada en su formulación original por tres diferentes procesos de intervención: a) Unificación legislativa; b) Construcción de infraestructura económica; y c) Defensa del mercado nacional.

Procesos que, en el caso argentino, tal como veremos, han marcado un claro rol del Estado, bastante alejado de las formulaciones propias de la época al sancionarse la constitución nacional en 1853.

3.2. Sobre la noción de “constitución económica”. La constitución económica en el caso argentino.

La noción de constitución económica en el caso argentino tiene, a nuestro entender, tres grandes momentos históricos, marcados por los textos constitucionales de: a) 1853; b) 1949 y c) 1994.

Los tres *momentos* constitucionales tienen un común denominador: el Estado no es NEUTRAL. Aunque por distintos motivos, o con distintos fundamentos.

En el caso de la Constitución de 1853, sobre la base y el desarrollo de la idea-fuerza vinculada a la PROSPERIDAD.

En el caso de la Constitución de 1949, sobre el desarrollo de los principios vinculados a la “justicia social” y, principalmente, a la “función social” de la propiedad.

En el caso de la Constitución de 1994, sobre la base de: a) la reformulación del principio de igualdad (art. 75.23); b) la conjunción de los nuevos derechos y garantías (arts. 41, 42 y 43) y los Tratados de Derechos Humanos (art. 75.22, segundo párrafo).

3.2.1. La “constitución económica” en nuestro ordenamiento constitucional nacional de 1853.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por “constitución económica”? A estos efectos, y siguiendo la reconstrucción realizada por el Prof. Sabino Cassese, podemos mencionar al menos tres variantes conceptuales respecto a la idea de constitución económica. Así tendremos que, **a)** en primer lugar, aquella puede ser entendida como la fórmula que reúne en sí a las normas constitucionales, en sentido formal, relativas a las relaciones económicas en la sociedad; **b)** en una segunda, y más amplia acepción, como el conjunto de instituciones que, siendo parte del derecho, no pertenecen necesariamente a la Constitución escrita; **c)** y, finalmente, como expresión del <<derecho viviente>>, entendido como aquel cúmulo de *actuaciones* de aquellas normas, relativas a las relaciones económicas y al mundo de la empresa.¹⁰

La idea de “constitución económica”, pues, resume -formal e informalmente- la problemática en la cual convergerán los límites y relaciones entre el poder público y la sociedad civil en un ordenamiento constitucional dado.¹¹

De hecho, se ha sostenido que:

¹⁰ CASSESE, Sabino. *La nuova Costituzione economica*, Bari, 1995, p. 3 y ss. En efecto, afirma Cassese, aclarando la primera acepción tomada de este concepto que: “La expresión ‘constitución económica’ tiene origen en la cultura iuspublicista alemana luego del primer conflicto mundial y puede ser entendida en tres sentidos (...) En un primer sentido, ...puede ser entendida como fórmula... breve para referirse a los arts. 41 y 43 de la Constitución, relativos a la empresa, 42 y 44, relativos a la propiedad, como así también a las normas especiales...por ejemplo, aquellas relativas a la cooperación o al ahorro (arts. 45 y 47...) En este primer sentido, ...indica, más allá de las disposiciones estrictamente constitucionales, aún normas que, perteneciendo a leyes ordinarias, son, todavía, de relevancia constitucional. De particular importancia la ley del 10 de octubre de 1990 n. 287 (llamada ley ‘antitrust’) y el decreto ley del 11 de julio de 1992, n. 333 (convertido en ley el 8 de agosto de 1992, n. 359), que dispuso la privatización de las mayores empresas públicas...”. Ver, asimismo, DI PLINIO, Giampero. **Diritto pubblico dell’economia**, Giuffrè editore, Milano, 1998, especialmente, págs. 107 y sig.

¹¹ Sobre la idea de constitución económica y sus desarrollos actuales, fundamentalmente a partir del influjo del Derecho comunitario, ver: GONZÁLEZ MORAS, Juan M., **Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad**, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

La Constitución económica, jurídicamente, aparece así... como subsistema del propio sistema constitucional (H. Krüger): establece y consagra las normas fundamentales a las que debe acomodarse la ordenación de la actividad económica. El Derecho constitucional económico, por tanto, como Derecho público interno; también, como aquella parte del Derecho público económico..., que aparece formulada y sancionada en la Constitución.¹²

En el caso de nuestro país, si nuestra Constitución Nacional debiera adherirse, en su concepción del Estado, a las más tradicionales doctrinas del liberalismo o, mejor, a las doctrinas clásicas del Estado de Derecho liberal, debería concluirse que aquel (es decir el Estado plasmado en la Constitución de 1853) era un Estado *prescindente* en lo que tocante a sus posibilidades de intervención en la economía del país.

Creemos, sin embargo, que las concepciones del Estado de derecho liberal (las concepciones clásicas o liberistas del mismo) no pueden ser trasladadas enteramente al Estado argentino, pensado en el seno –y en base a los antecedentes y desarrollos propios- del derecho público local.¹³

En efecto la idea Estado originariamente plasmado en la Constitución nacional, no respondía a los cánones clásicos que prescribían las doctrinas y modelos económico-políticos liberales hacia mediados del siglo pasado. O, en todo caso, sí respondía al modelo, pero adelantándose –en el tiempo- a los desarrollos del mismo.

En nuestro país, por influencia más o menos directa de lo que fuera la escuela alemana del derecho público (partiendo de Kant, Hegel y Herder, y pasando por Savigny, Mayer, entre otros), tanto Alberdi como Fraguero, contemporáneamente a la sanción de la constitución de 1853, tuvieron en mente a la noción de servicio público como núcleo central del Estado que se estaba gestando o proponiendo.

Hay, en relación a esto, dos obras capitales: las “Bases...” de Alberdi de 1852 (que recogen su “filosofía del Estado” tratada en el “Fragmento preliminar...”; y

¹² SEBASTIÁN Martín-Retortillo. **Derecho Administrativo económico**, Tomo I, Ed. Distribuciones de La Ley, Madrid, 1988, pág. 28

¹³ En referencia a la originalidad del derecho público argentino, especialmente en lo vinculado a la teoría del Estado incorporada a la Constitución Nacional de 1853, ver con amplitud: SALOMONI, Jorge L, **Teoría General de los Servicios Públicos**, Ad-hoc, Buenos Aires, 1999; como así también: GONZÁLEZ Moras, Juan M., Presidencialismo argentino y legados de la reforma constitucional de 1994 (sobre la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo), en **Revista de Actualidad en el Derecho Público**, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, N° 8; y “Estado y Prosperidad: bases y puntos de partida para la invención de la nación argentina en la obra de Juan Bautista Alberdi”, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, N°3, RAP, Buenos Aires, marzo de 2008.

“Cuestiones Argentinas” de Fragueiro (que recogen a su vez lo esencial de sus posturas volcadas en “Organización del Crédito” de 1850). Ambas obras confluirían en dos textos fundamentales: la Constitución Nacional de 1853 (especialmente en la llamada cláusula de prosperidad, actual art. 75 inc. 18) y el “Estatuto para el Crédito y la Hacienda Pública” de 1854, sancionado por el propio Congreso constituyente, ya como primera legislatura ordinaria, en la Ciudad de Paraná. Siendo el “Estatuto...”, una de las primeras normas que recogería expresamente la noción de “Servicio público”.

Todo lo cual, a su vez, y a partir del primer gobierno de Urquiza (1854), se consolidaría al darse recepción normativa al concepto de servicio público en diversos sectores económicos (correos y mensajerías, ferrocarriles, faros).

Con lo cual, la idea de servicio público y su proyección normativa (como régimen jurídico de derecho administrativo y no privado), es incluso anterior al desarrollo de la teoría francesa de la Escuela de Burdeos, la cual es considerada como la verdadera creadora de la teoría del servicio público.¹⁴

Y decíamos que, en realidad nuestra constitución se adelantaba, porque la doctrina que desde el derecho público ha teorizado contemporáneamente a aquel Estado de Derecho liberal, ha llegado a conclusiones que demuestran cabalmente que en realidad la teorías de la *prescindencia* del aquel Estado en la economía no fueron más que corrientes de pensamiento mitificadoras de una realidad político-económica que, tal como fue teorizada, nunca existió.

De esta forma, la explicación de los principios de *intervención pública y libre iniciativa* debe realizarse, en realidad, en una relación de mutua implicancia. Esto es, el principio de libre iniciativa (o de preeminencia del mercado) debe entenderse como *producto*, como culminación, de una serie de *intervenciones públicas* precisas e imprescindibles.¹⁵

En general, puede decirse sobre aquel principio de libre iniciativa (en relación al concepto de intervención pública), con Giannini, que:

¹⁴ Respecto de esta afirmación, ver: GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín, El concepto de servicio público, **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Año XXVI – 309, “XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘Las bases constitucionales del Derecho administrativo’”, Ediciones RAP SA, 2004, pág. 185 y sig.

¹⁵ Conf. SALOMONI, Jorge Luis, **Teoría General de los Servicios Públicos**, op. cit., especialmente, capítulo I. Ver, asimismo, aunque en una posición distinta: DALLA VÍA, Alberto Ricardo, **Derecho constitucional económico**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, especialmente págs. 101 y sig.

La ideología que dominaba la clase de poder en el Estado ottocentescos estaba enderezada... a la absolutización del principio de libre iniciativa. Casi siempre principio de constitución material (no se lo encuentra enunciado en las cartas constitucionales: se dice, porque se lo consideraba obvio), tenía un valor positivo, esto es como garantía de la libertad de empresa, y uno negativo, como remoción de obstáculos a la expresión libre de la iniciativa económica, y por lo tanto como <<abstención>> de los poderes públicos de intervenciones limitativas de la misma... sea mediante leyes sea como intervenciones en vía administrativa (...). Los economistas de la época suministraron abundantes explicaciones teóricas a la regla del abstencionismo del poder público en el campo de la economía: la presentaron como regla de plena validez científica (...) la actividad administrativa del Estado monoclasa es regida por los principios de abstencionismo por parte de los poderes públicos en la vida económica y social (...) [la burguesía] usa la máquina del Estado en vía legislativa para defender su propio poder.¹⁶

Ahora bien, este desarrollo de los principios del liberalismo político y económico –y su correlato en la concepción del Estado de derecho liberal- no fue, como sabemos, único (o unívoco); en realidad, existieron corrientes de pensamiento que intentaron y ciertamente lograron una distinta apreciación de las ideas del constitucionalismo clásico, adaptadas –fundamentalmente en lo concerniente a los fines del Estado y a sus posibilidades de injerencia económica- a las realidades de los países a los cuales aquellas eran aplicadas.

Creemos, en este sentido, que no resulta ociosa la mención a la teoría del Estado hegeliana, principalmente en dos sentidos: el primero, vinculado a la recepción de lo que podríamos denominar *residuos* de la concepción del antiguo “Estado del bienestar”, aquel del siglo XVIII, en punto a las previsiones de policía de “prosperidad”, que vienen a ser colocadas en el conjunto de las modernas concepciones liberales de la época; y en segundo lugar, por la influencia que su pensamiento tendría sobre los juristas que desde mediados del siglo XIX, comenzarán a construir la moderna ciencia del derecho público, y con ella, la doctrina iuspublicista del Estado de Derecho.

Digamos, pues, que de aquel cúmulo de ideas que –como residuos si se quiere- permanecían en la conceptualización hegeliana, y claro está, bastante tiempo después, se tomarían las bases conceptuales para justificar o legitimar un actuar positivo del Estado en la economía, que no fuera entendido, pues, como mera excepción. Siendo, puntualmente, el terreno de las actividades modernamente

¹⁶ M. S. Giannini, **Il Pubblico Potere. Stati e Amministrazioni Pubbliche**; Universal Paperbaks; Il Mulino; Bologna, 1986; pág. 40 a 45.-

consideradas servicios públicos uno de los primeros en ser fecundado por ellas. Lineamientos que, a su vez, serían retomados y ampliamente desarrollados al momento de la crisis del modelo de Estado monoclasista; y al reclamarse su intervención directa en la economía a fin de *mediar* o *armonizar* a través de restricciones al capital, las desigualdades sociales que creaban a su turno grandes conflictos socio-económicos.

Respecto del segundo dato remarcado, baste considerar la aclaración que formulara el mismo Giannini, al recordar que, en lo relativo a la teorización del Estado de Derecho:

La tarea tocó a la escuela alemana del derecho público...[que] hacia la mitad del siglo, inició con una obra, aquella de C. F. Gerber, sobre los derechos públicos subjetivos...que por primera vez centraba la atención sobre el hecho de que existieran derechos en el confornte del Estado (...) [escuela para la cual] los fines del Estado, coincidentes sin residuos con los intereses públicos, deben ser todos definidos por la ley, así como esta define el ámbito de las potestades del Estado, y esto porque el Estado no es más un ente que pueda actuar arbitrariamente, como lo era –se decía- el Estado ‘de policía’ del absolutismo, sino que es ‘Estado de Derecho’; por lo que...los actos autoritativos siempre deben ser regulados por precisas y puntuales normas de ley (...) El Estado [era] potencialmente idóneo de ocuparse de cualquier actividad, pero a la vez limitado por el principio de legalidad de las acciones administrativas.¹⁷

Es por ello que, en definitiva, la doctrina más destacada del derecho público, llegará actualmente a la conclusión de que el Estado (el propio Estado de Derecho liberal) en tanto Estado-nación, fue una herramienta sustancial para la *construcción* del “mercado nacional”.

Ello es especialmente puesto de relieve por el Prof. Sabino Cassese, al expresar:

Condición esencial para la construcción de un mercado nacional es la unificación legislativa: si no existe un ‘corpus’ normativo uniforme, se desarrollan particularismos jurídicos que constituyen un impedimento al tráfico y al comercio y, más generalmente, al desarrollo económico (...) Pero es necesario también que los confines del mercado sean protegidos. Se pasa, así, al segundo aspecto caracterizante de la época..., esto es la defensa del mercado respecto al exterior (...) El tercer aspecto caracterizante de la época examinada es el liberismo...constituido por la ausencia de una máquina estatal para el gobierno de la economía (...) [aunque paralelamente se evidenciará la presencia del Estado] desarrollando actividades dirigidas a la realización de los así llamados impianti fissi o infraestructuras,

¹⁷ Idem; pág. 50 a 52.- En el mismo sentido ver: Giuliano Amato, Augusto Barbera, Guido Corso, Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza., en Giuliano Amato e Augusto Barbera (a cura di), **Manuale di diritto pubblico**, Il Mulino, Bologna, 1997, V edición; volumen I, pág. 223 y ss.

necesarios para el desarrollo de un mercado nacional (...) Por lo tanto, el Estado crea el mercado, pero no quiere estar presente en él; es instrumento de disciplina de la economía, pero sin convertirse en productor o regulador; construye el mercado, pero no es su protagonista.¹⁸

Como vemos, el Estado a través de la idea de *intervención pública*, fue esencial para la construcción y desarrollo efectivo de la idea de *libre iniciativa* en el marco de un *mercado nacional*.

Y cada uno de los puntos clave de esa intervención del Estado, a saber: a) unificación legislativa¹⁹; b) desarrollo de infraestructuras económicas – comunicaciones; transportes; energía; sanidad; puertos; etc.²⁰; c) defensa del mercado respecto al exterior²¹, fueron previstos originariamente y explícitamente en nuestras normas constitucionales fundadoras. Las cuales se adelantaron, en ese sentido, a la recepción que estos principios tendrían a nivel constitucional a partir de la primera guerra mundial y del desarrollo del llamado constitucionalismo social.

Movimiento este último que ubicaría definitivamente al Estado en la tensión entre *libertad e igualdad* (que es consecuencia directa de la expansión del liberalismo político y económico propio del Estado de Derecho); y ello a partir de la doble consideración de la existencia de: a) efectivas desigualdades en la base de las relaciones sociales, que condicionarán luego el desarrollo de las propias capacidades; b) bienes sociales que, por su importancia, cobran especial relevancia a la hora de definir las efectivas condiciones de desigualdad, bienes que por sus especiales características devienen de por sí factores de reequilibrio constante, ello

¹⁸ Conf. SABINO Cassese, **La nuova costituzione economica**; op., cit., pág. 8 e ss.

¹⁹ Por efecto de las delegaciones efectuadas por las provincias al Estado Federal, en general, para la sanción de las leyes comunes o de fondo (entre otras, Códigos civil y de comercio, minería, etc.); las unificaciones previstas en materia: tributaria, aduanera, de pesas y medidas, referidas a la emisión de papel moneda, educación, etc.

²⁰ Todo lo cual fue receptado en la llamada cláusula de prosperidad, antiguo art. 67 inc. 16 –hoy 75 inc. 18- de la Constitución nacional, y en el plexo normativo económico general que fuera su inmediata puesta en práctica, esto es: el “Estatuto para el Crédito y la Hacienda” sancionado por el Congreso Federal en el año 1854. Ampliar este aspecto en: Salomoni, Jorge L, **Teoría General de los Servicios Públicos**, Ad-hoc, Buenos Aires, 1999.-

²¹ Respecto a la cuestión del llamado “proteccionismo”, las típicas normas de protección de la producción local fueron discutidas al sancionarse el “Estatuto para el Crédito y la Hacienda”, en 1853, aunque luego en su mayor medida no fueron puestas en práctica por los conflictos políticos existentes en la Confederación con motivo de la separación de la Provincia de Buenos Aires; discusión que, de todas maneras, retornaría fundamentalmente a lo largo de la década de 1870 de la mano del grupo liderado por Vicente Fidel López en el Congreso Nacional; ampliar en: Salomoni, Jorge L, **Teoría General de los Servicios Públicos**, citado.

en clara alusión a las prestaciones económicas asumidas directa o indirectamente por el Estado, en especial el servicio público.

4. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACTUAL ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL.

Habiendo pasado brevemente revista a la construcción de nuestro modelo de Estado y de intervención económica, debemos precisar que, en la actualidad, y bajo el influjo del texto constitucional sancionado en 1994, el principio de subsidiariedad se vincula, de manera principal, con la satisfacción por parte del Estado (o de la sociedad, según sea el caso) de distintos tipos de derechos sociales, económicos y culturales.

Y es en ese marco, esto es, en el de un complejo proceso de internacionalización de nuestro sistema de fuentes de derecho público, que se impone repensar las viejas estrategias de intervención estatales: a) servicio público; b) poder de policía y c) fomento²².

4.1. Responsabilidad pública en materia de derechos sociales.

Ello, en tanto, hoy cabría sostener que la responsabilidad pública en materia de satisfacción y garantía de los derechos sociales²³, está condicionada por la estructura misma de estos derechos; en función de que:

a) A través de los mismos se establecen derechos, tanto individuales como colectivos; que, a su vez, pueden clasificarse en: 1) derechos que aseguran libertades (con obligaciones negativas o de no intervención para los Estados); 2)

²² GONZÁLEZ MORAS, Juan M., La Internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias, **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Año XXIX – 348, “XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘El derecho administrativo argentino. Actualidad y perspectivas’”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2007, pág. 15 y sig.

²³ Respecto de la responsabilidad del Estado en materia de derechos sociales, ver: GONZÁLEZ MORAS, Juan M., El límite de la responsabilidad del Estado en materia de derechos sociales, en **Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público**, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, pág. 745 y sig; y “La responsabilidad pública en materia de derechos sociales”, en **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Año XXXI – 361, Suplemento Especial, “I Congreso Nacional de Jóvenes Administrativistas”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2008, pág. 159 y sig.

derechos a determinadas prestaciones (salud; educación); 3) derechos al reconocimiento de ciertas posiciones o status legales (trabajador; grupo familiar; jubilado; estudiante; etc.); 4) derechos al goce de bienes que se consideren como públicos (servicios públicos, medio ambiente).

b) Los derechos sociales establecen relaciones de los sujetos acreedores de los mismos, tanto con el Estado como con la sociedad y, en particular, con el mercado;

c) Los derechos sociales se presumen operativos, aunque en muchas ocasiones su estructura normativa impida su aplicación directa;

d) El Estado debe garantizar su vigencia y efectividad, en todos los casos, al menos en el núcleo básico de cada uno de estos derechos, lo que conlleva una “garantía de inderogabilidad”, en los términos de los arts. 28 y 75.23 de la Constitución nacional;

e) Los presupuestos y límites de la responsabilidad estatal en materia de derechos sociales deberá siempre plantearse dentro del marco general del principio de igualdad y no discriminación.

Principios que, a su vez, deben ser interpretados en su accionar a la luz de los nuevos paradigmas del Derecho administrativo contemporáneo, a saber:

a.- Tutela administrativa y judicial efectiva;

b.- Justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales;

c.- Sometimiento de las relaciones jurídicas de derecho público al denominado “paradigma ambiental”; el que, a su vez, se traduce en: 1.- función ambiental de la propiedad; 2.- régimen de los llamados “bienes colectivos”, cuya disciplina abarcará a la propia de los bienes del dominio público; a la regulación de los recursos naturales; y, también, al régimen de las obras y servicios públicos.

4.2. Derecho a los bienes colectivos (bienes y servicios públicos) y mínimo garantizado.

Todo ello se traducirá en el derecho de los ciudadanos a:

1.- El acceso a los bienes colectivos (entendiendo por ellos tanto bienes como servicios públicos)²⁴; y

2.- A reclamar al Estado, en cada caso, la garantía del goce de un contenido mínimo de esos derechos. Esto es, a “un mínimo garantizado”.

En efecto, y tal como lo ha señalado con meridiana claridad Ricardo Lorenzetti, en ese marco el Estado debe garantizar determinados contenidos mínimos en relación con los derechos sociales que se consideren básicos; ello, en tanto:

el derecho fundamental tiene una garantía a un contenido mínimo, pero el resto es adjudicado por la democracia y el mercado. Si no fuera así, directamente no funcionaría la democracia, porque los derechos ya estarían previamente adjudicados por técnicos o por jueces, sin debate alguno en la sociedad, satisfaciendo a unos con exclusión de otros (...). Por esta razón hay que contemplar diferentes grados de colisión entre derechos y una lógica que permita distinguir entre la adjudicación de bienes primarios y otra que, más allá de ese mínimo, pueda efectuar juicios de ponderación entre derechos competitivos. Este requisito de inderogabilidad alcanza sólo a los derechos fundamentales que forman parte de la estructura básica de la sociedad y no a todos los derechos en general.²⁵

Existen mínimos (de prestaciones y de estándares de regulación legislativa) que el Estado debe garantizar.

Siempre teniendo en cuenta que, definir la modalidad de satisfacción de estos derechos fundamentales implica establecer, en cada caso (educación, salud, trabajo, vivienda, etc.), la distribución o adjudicación de costos, fundamentalmente económicos.

Y si adjudicar derechos sociales implica siempre distribuir costos, ello se reflejará, necesariamente, en la discusión de la utilización de los fondos públicos.²⁶

²⁴ Sobre los denominados “bienes colectivos”, ver: GONZÁLEZ MORAS, Juan M., Régimen dominial del Estado y ‘bienes colectivos’. El caso de las aguas, **Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo**, N°12, RAP, Buenos Aires, marzo de 2012.

²⁵ LORENZETTI, Ricardo L., Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 111 y 112.

²⁶ Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia nacional al sostener que: “...ello no implica que resulte apropiado que el Tribunal fije sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer (...) 7) Que no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte

Aunque, reiteramos, esto no agote en manera alguna la problemática de la “adjudicación”, al Estado o al mercado, de la satisfacción de tales derechos.

Ello, en tanto dichos costos no necesariamente tienen que estar en cabeza del Estado. Lo estarán sólo en caso de que la modalidad de satisfacción de tales derechos implique la prestación, directa o indirecta, de actividades públicas (servicios públicos; salud pública; educación pública; etc.); o, en caso de que, no estando ya atribuidas al Estado, éste omita establecer la modalidad específica en que dichos derechos serán satisfechos (vivienda; trabajo; salud; educación; etc.).

Es decir, el Estado en este caso podrá ser responsable por la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, variando, a su vez, el alcance de dicha responsabilidad en función de los particulares derechos y situaciones jurídicas que estén involucradas. Pudiendo ser, así, condenado, según el caso, a dar, hacer o no hacer. Ello, a su vez, en el marco de los principios de “progresividad” y “no regresividad” impuestos a nuestro derecho público por el derecho internacional de los derechos humanos.

De esta manera, el límite de la responsabilidad estatal en materia de derechos sociales, no puede entenderse como mera o estrictamente presupuestario. Aunque, efectivamente, en el esquema general de la adjudicación de los derechos sociales el presupuesto sí lo constituya, tanto cuantitativamente, como en la toma de definiciones políticas que la sociedad, a través del Estado, debe asumir.

Ello, en tanto, presupuesto de un Estado refleja, en este sentido, la asunción de algunos costos por parte del mismo para garantizar la satisfacción de determinados derechos sociales (servicios públicos; educación, salud, etc.). Pero, también, correlativamente, da cuenta de la exclusión, total o parcial, del costo de satisfacción de otros (vivienda, trabajo, educación, salud) por parte del gasto público. Debiendo asumirlos la sociedad o el mercado, según los casos.

Siendo el presupuesto pues, en definitiva, la norma jurídica que señala qué costos ha decidido asumir una sociedad, a través del Estado, en materia de derechos sociales, el problema que puede plantearse es que el mismo resulte claramente insuficiente en relación con las pautas legislativas que se hubieran previsto para dar satisfacción o garantizar los derechos sociales, como efectivamente suele suceder en materia de salud y educación pública. En ese caso,

tales derechos (doctrina causa "Sánchez" citada)...” CS, in re: “Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios”, sentencia del 08/08/2006.

la norma presupuestaria se transforma en arbitraria e inconstitucional y, por ende, puede ser desconocida por el juez, quien, en algún caso puntual, podrá “adjudicar” por sí una parte de dicho presupuesto para atender o garantizar la vigencia del contenido mínimo de un derecho social que se encuentre vulnerado, como ha ocurrido en materia de salud, de trabajo (planes sociales), de vivienda, etc.

Aunque, entendemos, ello no podría llegar al extremo de que el poder judicial “adjudicara” con generalidad, y más allá del caso judicial particular, dichos derechos, haciendo asumir el costo de ello, sea al Estado o sea al mercado (por ejemplo, ordenando una suba salarial general; la construcción masiva de viviendas; etc.).

Pero, lo reiteramos, el Estado, en caso de haber incumplido con sus obligaciones (de hacer, de no hacer o de dar, según los casos y los derechos sociales involucrados) no podrá, por línea de principio, excepcionarse de la responsabilidad que le cabe, simplemente alegando la ausencia o insuficiencia de partidas presupuestarias para atender la satisfacción del derecho.

Por último, debemos recordar que los presupuestos, y correlativamente, los límites de la responsabilidad Estatal en materia de derechos sociales, sea por su acción u omisión, y especialmente en materia de su deber de promover “acciones positivas” para garantizar la satisfacción de estos derechos, tendrán, por imperio del derecho internacional de los derechos humanos, que estar orientados a satisfacer el principio de igualdad y no discriminación, en los términos establecidos en los arts. 1, 2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el marco de los arts. 75.22 y 23 de la Constitución nacional.

5. CONCLUSIONES

La idea de “subsidiariedad”, tal como hemos visto, surge a los efectos de ordenar y separar las actividades públicas y las privadas. Ordenar los ámbitos de actuación del poder público y la sociedad civil.

Orden social que, desde el punto de vista filosófico-político será, desde ya, muy disputado y que (en cualquiera de sus versiones) no podrá ser catalogado como principio jurídico -en sentido estricto- sino más bien como la representación de una particular concepción filosófico-política de origen liberal.

De esta forma, deberá tenerse presente que a este principio se lo inscribe como principio básico o matriz de la separación, y posterior relacionamiento, entre las competencias (en sentido finalista, primero; y luego, como atribución competencial al poder público en sentido estricto) públicas y privadas, en la concepción -y tradición- del Estado de Derecho liberal. Esto es, como principio de relacionamiento entre las diversas formas organizativas existentes en la sociedad (en una progresión que va desde el individuo considerado como ser social, hasta el Estado como forma de agregación superior, pasando por todos los organismos intermedios, familia, Iglesia, etc.), y como criterio rector de la asunción de competencias por parte de las formas más grandes de asociación, frente a las más pequeñas. El principio afirmará el valor de la autonomía, y la necesidad de la no intervención de las formas de organización superiores, siempre que las menores puedan desarrollar suficientemente sus cometidos.

Breve esquematización que arroja como resultado, la posible división del estudio del mismo bajo dos posibles facetas: la primera *horizontal*, relativa al respeto del principio en el reparto de competencias entre las esferas de poder público y la sociedad civil (o, en otros términos: entre el Estado y el mercado); y otra *vertical*, relativa a la forma de ejecución de esas prerrogativas asignadas al Estado, por parte de sus órganos; es decir, el respeto del principio entre las diversas esferas de poder público en que pudiera estar organizado políticamente el Estado, resguardando la posibilidad de que siempre se actúen las competencias públicas en el ámbito más cercano al ciudadano, miembro de la sociedad civil.

Por su parte, puede afirmarse que, en su dimensión contemporánea, el principio de subsidiariedad se vincula, de manera directa y principal, con la satisfacción por parte del Estado (o de la sociedad, según sea el caso) de distintos tipos de derechos sociales, económicos y culturales. Es allí, en efecto, donde aparece en toda su dimensión la tensión entre lo público y lo privado, en este caso como consecuencia de las “adjudicaciones” que sobre dichos derechos sociales, o mejor, para su debida satisfacción, deben producirse de manera dinámica entre la sociedad civil y el Estado.

En ese marco, se impone, pues, repensar las viejas estrategias de intervención estatales: a) servicio público; b) poder de policía y c) fomento.

Ello, en tanto, la responsabilidad pública en materia de satisfacción y garantía de los derechos sociales, está condicionada por la estructura misma de estos derechos; en función de que:

a.- A través de los mismos se establecen derechos, tanto individuales como colectivos; que, a su vez, pueden clasificarse en: 1) derechos que aseguran libertades (con obligaciones negativas o de no intervención para los Estados); 2) derechos a determinadas prestaciones (salud; educación); 3) derechos al reconocimiento de ciertas posiciones o status legales (trabajador; grupo familiar; jubilado; estudiante; etc.); 4) derechos al goce de bienes que se consideren como públicos (servicios públicos, medio ambiente).

b.- Los derechos sociales establecen relaciones de los sujetos acreedores de los mismos, tanto con el Estado como con la sociedad y, en particular, con el mercado;

c.- Los derechos sociales se presumen operativos, aunque en muchas ocasiones su estructura normativa impida su aplicación directa;

d.- El Estado debe garantizar su vigencia y efectividad, en todos los casos, al menos en el núcleo básico de cada uno de estos derechos, lo que conlleva una “garantía de inderogabilidad”, en los términos de los arts. 28 y 75.23 de la Constitución nacional;

e.- Los presupuestos y límites de la responsabilidad estatal en materia de derechos sociales deberá siempre plantearse dentro del marco general del principio de igualdad y no discriminación.

Principios que, a su vez, deben ser interpretados en su accionar a la luz de los nuevos paradigmas del Derecho administrativo contemporáneo, a saber: a) Tutela administrativa y judicial efectiva; b) Justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales; es decir, su directa exigibilidad al Estado al menos bajo la forma de contenidos “mínimos” garantizados; y c) Sometimiento de las relaciones jurídicas de derecho público al denominado “paradigma ambiental” o, mejor, de sustentabilidad, que, a su vez, se traduce en: 1.- función ambiental de la propiedad; 2.- régimen de los llamados “bienes colectivos”, cuya disciplina abarcará –en lo que nos interesa- a la propia de los bienes del dominio público; a la regulación de los recursos naturales; y, también, al régimen de las obras y servicios públicos.

REFERENCIAS

BARRA, Rodolfo C., **Tratado de derecho administrativo**, Tomo 1, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, págs. 62 -63 y 97-98.

CASSAGNE, Juan C., **La intervención administrativa**, Abeledo-Perrot, 2º edición, Buenos Aires, 1994, págs. 22 y 23.

CASSESE, Sabino. **La nuova Costituzione economica**, Bari, 1995, p. 3 y ss.

CHITI, MARIO P., **Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo**, op., cit., pág. 85 y ss;

D'ALBERTI, Marco, Considerazioni intorno all'art. 41 della Costituzione; in **La Costituzione Economica. Prospetive di riforma dell'ordinamento economico**. Edizioni del Sole 24 Ore, Milano, 1985, pág. 139 y 140.

D'ANGOLO GUIANLUCA, **La sussidiarietà nell'Unione Europea**, CEDAM, Padova, 1998.

DALLA VÍA, Alberto Ricardo, **Derecho constitucional económico**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, especialmente págs. 101 y sig.

DI PLINIO, Giampero. **Diritto pubblico dell'economia**, Giuffrè editore, Milano, 1998, especialmente, págs. 107 y sig.

FAVIO Roversi Monaco (a cura di), **Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni**, Quaderni della SPISA (Suola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione); Maggioli Edit., Rimini, 1997, atti del Convegno per il 40º della SPISA, Bologna, 25-26 settembre 1995;

FRATTINI, Franco, **Relazione introduttiva**; op., cit., pág. 61 y ss.; CASSESE, Sabino, **L'Aquila e le mosche**. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea; op., cit., pág. 73 y ss.;

GARCÍA PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**, Alianza Editorial, Madrid, 1989, pág., 34.

GIANPAOLO Rossi, Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza., in **Diritto Pubblico**, n. 2, 1997, pág. 292.-

GIULIANO Amato; AUGUSTO Barbera (a cura di), **Manuale di diritto pubblico**, Il Mulino, Bologna, 1997, V edición; volumen I, pág. 223 y ss.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M., **Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de Subsidiariedad**, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000;

_____. Presidencialismo argentino y legados de la reforma constitucional de 1994 (sobre la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo), en **Revista de Actualidad en el Derecho Público**, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, N° 8;

_____. **Servicios Públicos y reforma del Estado**. Del 'Estado de excepción' al orden público internacional de los derechos humanos, Revista Urbe et Ius, Buenos Aires, 2006.

_____. La Internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias, **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Año XXIX – 348, "XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. 'El derecho administrativo argentino. Actualidad y perspectivas', Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2007, pág. 15 y sig.

_____. El límite de la responsabilidad del Estado en materia de derechos sociales, en **Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público**, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, pág. 745;

_____. Régimen dominial del Estado y 'bienes colectivos'. El caso de las aguas, **Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo**, N°12, RAP, Buenos Aires, marzo de 2012.

LORENZETTI, Ricardo L., **Teoría de la decisión judicial**. Fundamentos de derecho, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 111 y 112.

NOZICK, Robert. **Anarquía, Estado y Utopía**, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991. Obra originalmente publicada a mediados de la década de 1970.

PASTORE, Baldasar, Quali fondamenti per il liberalismo? Identità, diritti, comunità politica; **Rivista Diritto e Società**, 1997, pág. 428;

RINELLA, Angelo; COEN Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto (a cura di), **Sussidiarietà e ordinamento costituzionali. Esperienze a confronto.**, CEDAM, 1999;

SABINO Cassese, **La nuova costituzione economica**; op., cit., pág. 8 e ss.

SALOMONI, Jorge L, **Teoría General de los Servicios Públicos**, Ad-hoc, Buenos Aires, 1999.

SEBASTIÁN Martín-Retortillo. **Derecho Administrativo económico**, Tomo I, Ed. Distribuciones de La Ley, Madrid, 1988, pág. 28

VITTADINI, Giorgio (a cura di), **Sussidiarietà. La riforma possibile.**; RCS libri, Milano, 1998.