

## SERVICIOS PÚBLICOS Y PRUDENCIA GUBERNATIVA<sup>1</sup>

Jorge H. Sarmiento García<sup>2</sup>

*RESUMEN: La finalidad del Estado, el bien común, debe ser obtenido atendiendo a las circunstancias históricas de cada época. Así explica el autor los fines particulares del Estado y se detiene a analizar los conceptos de servicios públicos y servicios sociales, las diferencias entre ambos y el papel que en uno y otro juegan la administración y los administrados. Afirma que los gobernantes, influenciados por la realidad—especialmente la empresarial—y con el uso de la prudencia política, deben decidir si una necesidad colectiva será satisfecha mediante actividades particulares de interés público, industrias o autorizaciones reglamentadas, o bien, mediante la creación de servicios públicos en sentido estricto.*

### I. INTRODUCCIÓN Y PRECISIONES CONCEPTUALES

El fin del Estado, el bien común, “*implica*—en palabras de S. S. Pío XII contenidas en su mensaje de Navidad de 1942— *la reunión de todas aquellas condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desarrollo de sus cualidades, oficios y deberes, es decir, de su vida material, intelectual y religiosa*”; o bien—como luego dijera en “*Mater et Magistra*” S. S. Juan XXIII— *“implica todo un conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a los hombres su más completo y rápido perfeccionamiento”*. Coincidentemente, el Concilio Vaticano II declaró que “El bien común abarca el conjunto de aquellas condiciones de la vida social con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección”.

En suma, el Estado debe existir para la perfecta suficiencia de la vida humana, fin que no pueden alcanzar los hombres por sí solos o

aisladamente, y ni siquiera las otras sociedades menores.

Mas aunque la idea de bien común se inspira en principios superiores muy determinados, requiere concretarse en cada situación histórica ante el cambio continuo de las circunstancias, dependiendo sus aplicaciones de las contingencias de tiempo y lugar, de la variedad de psicologías populares y del grado de perfección técnica del Estado encargado de promoverlo; en otras palabras, la determinación de cuáles sean las condiciones de la vida necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desarrollo de sus cualidades, oficios y deberes, se resuelve conforme a la realidad histórica.

Con razón se ha dicho que ese fin de bien común ha sido perseguido en la Edad Media de manera diferente a como debe serlo en el Estado contemporáneo, y aún en Estados situados en un mismo nivel histórico y temporal, la configuración específica de cada uno de ellos como entidad singular puede dar matices individuales a la consecución del fin general.

1 Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Santiago de Chile, 2005.

2 Catedrático argentino, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación.

En definitiva, el fin del Estado –el bien común– es siempre idéntico, pero su contenido y realización son históricos y, por ende, variable, de tal modo que aquel que debe efectivizarse, puede serlo con modalidades propias y distintas en cada situación singular de las diversas comunidades políticas.

Por ello es que el derecho positivo –esto es, la Constitución y las normas inferiores dentro de los límites que ella determina– pone a cargo del Estado, de cada Estado, fines particulares que –habida cuenta de los requerimientos contingentes de cada comunidad y época– deben ser modos de cumplir aquel mismo y único deber ser: el bien común.

Esos fines particulares, determinados por el derecho positivo, configuran los cometidos del Estado.

Se hace necesario distinguir, entre aquellos cometidos estatales, algunos que resultan vitales, ya que todo Estado siempre debe perseguir esos encargos porque se refieren a la existencia misma de la comunidad política e integran, por tanto, el contenido permanente del bien común.

Tales cometidos son:

#### A) AUTO ORGANIZACIÓN Y REUNIÓN DE MEDIOS

Evidentemente, estos cometidos condicionan a los restantes. Se trata de que el Estado dispone acerca de su propia organización objetiva (creación y organización de órganos y entes estatales) y subjetiva (designación de sus agentes) y sobre los medios necesarios (v. gr., determinación y obtención de recursos) para el funcionamiento de la máquina estatal, a los efectos del cumplimiento de las demás funciones.

#### B) MILITARES Y DIPLOMÁTICOS

La paz –aspecto por cierto permanente del bien común, entendida como el orden por la justicia (y no como la tranquila posesión de la injusticia): “la paz es obra de la justicia” (Is., 32, 17)– implica, en lo externo, un sistema de protección militar y diplomático.

Surge claramente de lo que antecede que –contrariamente a lo que suele afirmarse– la defensa no es un servicio público, sino un cometido existencial del Estado, de todo Estado, puesto que es una función que constituye un ingrediente necesario del bien común.

Digo cometido existencial del Estado para significar su trascendencia, en tanto se refiere a la existencia misma de la sociedad política y en cuanto su ausencia puede acarrear la desaparición del Estado; por ello, uno de los fines que han cumplido siempre los Estados en todos los tiempos es defender el ser de la colectividad contra las agresiones de sus enemigos<sup>3</sup>.

#### C) RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Ante la existencia de situaciones conflictivas entre los miembros de la comunidad política, o entre aquéllos y ésta, se hace necesario que tales situaciones no se mantengan, siendo preciso hacerlas desaparecer para que la paz social no se perturbe indefinidamente.

Como la autodefensa es un medio imperfecto para ello, al reconocer la posibilidad de lucha, es ineludible que el Estado instituya órganos encargados de examinar las pretensiones que uno esgrime frente al otro, recogiendo y actuando en su caso la que sea conforme al ordenamiento jurídico.

3 Es natural que ese fin sea primordial, porque a él va unida la vida del Estado. Es real que puede o no haber escuelas y hospitales públicos o política de nacionalizaciones, pero de lo que ningún Estado ha prescindido nunca es de la función de defenderse de los otros, vecinos o no, tal como lo demuestra una rápida ojeada a la historia. Recuerdo que Maquiavelo consideraba fundamental para todo Estado la ampliación de su territorio y el aumento de su prestigio por medios bélicos y diplomáticos, escribiendo al respecto: “Concluyo, pues, que sin milicias propias no hay principado seguro; más aún, está por completo en manos del azar, al carecer de medios de defensa contra la adversidad. Que fue siempre opinión y creencia de los hombres prudentes *“quod nihil sit tam infirmum aut instabile quam fama patentiae non sua vi nixa”* (aunque aclaro que pienso como Agustín de Hipona, quien condenaba al belicismo, advirtiendo que no se labra a su costa la grandeza de un pueblo ni la de sus gobernantes, y quien calificaba de latrocinio a los imperialismos).

D) REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

La paz, u orden por la justicia, implica, en lo interno, la regulación estatal de la actividad de los habitantes.

Los derechos –sean de los individuos o de las asociaciones intermedias en las que el hombre naturalmente actúa– no son ni podrían ser absolutos, por principios de orden natural: el absolutismo de aquellos conduciría al “*bellum omnium contra omnes*”, y la justicia exige el “*sic utere tuo ut alienum non laedes*”.

Por ello se puede afirmar que la relatividad se halla ínsita en el goce de aquellos derechos; y de ahí la formulación de normas reguladoras de la actividad particular, o poder de policía<sup>4</sup>, y el desarrollo de otras actividades

complementarias requeridas para obtener mejor resultado, como lo es la policía<sup>5</sup>.

Destaco que ni el poder de policía ni la actividad administrativa que lo complementa constituyen servicio público, a menos que se extienda de tal modo este concepto que se transforme en una simple etiqueta que abarque un sinnúmero de cosas absolutamente dispares<sup>6</sup>.

Ahora bien, corresponde aquí señalar que se suele distinguir entre “servicio público” y “servicio público impropio” o “virtual”: si bien en ambos casos se trata de actividades básicamente industriales o comerciales, “propio” sería aquel que presta el Estado directamente o que él concede, e “impropio” el que tiene de común con el “propio” la satisfacción, en forma más o menos continua, de necesidades colectivas<sup>7</sup>, pero sin que el Estado lo preste ni lo

4 Es posible formular, en nuestro sistema, el siguiente concepto del poder de policía: “Pars” de la competencia que en principio corresponde al órgano legislativo, en cuyo ejercicio regula los derechos reconocidos expresa o implícitamente en la ley fundamental, con el fin de promover el bienestar general o bien común, dentro de los límites receptados constitucionalmente.

5 A mi juicio, la policía es la parte de la función administrativa que tiene por objeto el mantenimiento de la seguridad, salubridad, moralidad y economía públicas. Sobre poder de policía y policía, ver esp. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “*Derecho administrativo*”, Tomo V, Bs. As., 1954, capítulos I y II.

6 SAYAGUÉS LASO, Enrique “*Tratado de derecho administrativo*”, Tomo I, Montevideo, 1959, pp. 52 / 55. Una noción amplia de los servicios públicos receptan en la Provincia de Mendoza, por ejemplo, los artículos 202 inc. 3) de la Const. y 73 inc. 3° de la Ley Orgánica de Municipalidades; 235 inc. 5° del Cód. Proc. Civ.; 69 segundo párrafo “in fine” y 74 del Cód. Proc. Administrativo; 6 del decreto - ley 2589 / 75. Ver artículos 541 inc. b, ley 20.094; 37 y 71 del Código Aeronáutico; 189 segundo párrafo de la normativa falencial; 2 inc. c, ley N° 16.986; 190 a 197 del Cód. Penal.

7 Esta expresión resume la distinción que, siguiendo a BIELSA y VILLEGAS BASAVILBASO, he formulado entre las necesidades colectivas y las generales o públicas: “la necesidad general es una suma de elementos homogéneos y, aritméticamente, de cantidades positivas; la necesidad colectiva es una suma de elementos heterogéneos y, algebraicamente, de cantidades positivas y negativas: es una necesidad respecto de la cual, si bien hay intereses positivos y negativos, predominan los positivos. La alimentación, por ejemplo, es una necesidad general, desde el momento que la sienten todos los hombres; en cambio, el servicio de ómnibus es necesidad colectiva pero no general: algunos lo necesitan, mientras que otros no, desde que utilizan sus propios medios de transporte. Como explicara MARIENHOFF, el concepto de necesidad colectiva debe referirse al de una necesidad sentida por una porción apreciable del respectivo conglomerado de personas” (SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “*Los servicios públicos - Régimen jurídico actual*”, Bs. As., 1994, pp. 16 y 17). Según GARCÍA DE ENTERRÍA la cuestión se vincula con las bases históricas que dieron origen a la aparición de los grandes servicios públicos en la pasada centuria: “es la aparición del fenómeno de las grandes concentraciones urbanas, resultado, en su parte más aguda, de la revolución industrial, y la aplicación a sus problemas derivados de los nuevos medios técnicos disponibles. Desde el comienzo al fin del siglo XIX Europa pasa de los 180 millones de habitantes a 400. Norteamérica, en el mismo período, va desde los cinco millones de habitantes a 75 millones. Hispanoamérica, que tiene apenas cuando la emancipación 18 millones de habitantes, roza ya al finalizar el siglo los 50 millones. Todo este increíble aumento demográfico, rigurosamente extraordinario en relación con las centurias anteriores, viene a localizarse (especialmente en Europa, que tiene ya virtualmente agotada la colonización de sus espacios interiores, y cuyo campo potencia fácilmente la producción aplicando las nuevas técnicas, sin aumento, y aun con reducción de brazos) en las ciudades, de un modo no ya preponderante, sino casi absoluto. Las exigencias derivadas de este gigantesco y rápido proceso de concentración urbana se hacen pronto patentes de un modo dramático; pero, para su atención y satisfacción, la misma causa determinante del problema, el industrialismo, ofrece también por vez primera soluciones nuevas: el suministro de aguas por habitacio-

conceda, sino que tan sólo lo reglamenta (v. gr., farmacias, comercio de combustibles)<sup>8</sup>.

Pero entre ambos existe una diferencia que se traduce en distintos regímenes jurídicos que obstan, por tanto, a una conceptualización única: la posición de los particulares es distinta, ya que mientras en los “servicios públicos impropios” ejercen un derecho individual aunque sujeto a reglamentación, en los “propios” no pueden actuar sino en mérito a una delegación estatal.

“Dada la importancia de dichas actividades individuales (los ‘servicios públicos impropios’), el Estado las somete a una regulación y a una fiscalización más intensas, determinando minuciosamente la forma en que deberán ser ejercidas, imponiendo condiciones técnicas, efectuando severos contralores, exigiendo autorizaciones previas, etc.”<sup>9</sup>, pero las circunstancias apuntadas en el párrafo anterior empecen a que se las englobe con los servicios públicos propiamente dichos, “y atendiendo a los intereses colectivos generales que las afectan, parece adecuado calificar-

las como actividades individuales de interés público”<sup>10</sup>.

“Agregaremos además que si al concepto impreciso de servicio público se lo califica con adjetivos como los de impropio o virtual, se corre el riesgo de hacerlo inservible. Para prestar los llamados servicios públicos impropios o virtuales, se requiere una autorización, sujetándose el autorizado a las medidas de policía que imponga la administración. La sujeción que deben aceptar los autorizados no basta para transformar su actividad en servicio público. Se tratará simplemente de una actividad privada de interés público. El régimen jurídico de los servicios públicos es distinto del de los servicios de interés público”<sup>11</sup>.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse la industria regulada, que es una actividad particular que tiene una regulación especial<sup>12</sup>: quien la presta está obligado a hacerlo respecto de todo aquel que le solicite el servicio, y de la obligatoriedad surgen ciertas consecuencias como la igualdad, la continuidad, la regularidad, etc.<sup>13</sup>.

#### Continuación nota 7

nes, el transporte urbano, el gas, la electricidad más tarde, la sanidad y la higiene, la habitación, se presentan así, de pronto, como verdaderas necesidades colectivas para la vida en común de las ciudades” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, R.A.P., Nº 17, 1955, pp. 90 y 91). Para algunos autores, hoy esa idea de “necesidad colectiva” ha evolucionado, limitándose a las que puedan calificarse como “básicas y universales”, en oposición a las que entrañan mayor valor agregado o calificación de servicios y prestaciones (v. gr., telecomunicación básica y exclusión de servicios de telefonía celular).

8 Se ha expresado que “... la propia demandada está reconociendo que no se trata estrictamente de un servicio público -lo califica de servicio público impropio ... -y ello lleva a decir que lo impropio es aquello falto de las cualidades convenientes o ajeno de una cosa o circunstancias, o extraño a ellas. Por lo tanto, aun admitiendo que fuera un servicio público impropio (contradictio in terminis), carece de las cualidades de lo que estrictamente debe entenderse por servicio público” (C. N. Fed. Cont., sala IV, ‘La Ley’, 1985 - C, 374).

9 SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Montevideo, 1959, p. 86.

10 Ídem. En sentido concordante la ley Nº 24.065 diferencia la actividad privada de interés público -generación eléctrica-, regulada a través de la técnica del poder de policía y policía administrativa, de la que es servicio público -transporte y distribución-, y, por lo tanto, integra la actividad administrativa del Estado (arts. 1º y 3º). Lo propio hacen los arts. 1º y 4º de la ley Nº 24.076 en relación a la producción, captación y tratamiento del gas natural -que no es servicio público- y el transporte y distribución -que sí es calificado como tal-.

11 DIEZ, Manuel María, “Derecho administrativo”, Tomo III, Bs. As., 1967, p. 192.

12 Comp. MAIRAL, Héctor A., en “El servicio público”, trabajo incluido en la obra colectiva “El Derecho Administrativo Argentino, Hoy”, Bs. As., 1996, pp. 145 / 146.

13 Hay quienes distinguen lo que son prestaciones de mercado y prestaciones de “servicio esencial universal”. Estas últimas son aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este

Para concluir con el tema de los fines particulares del Estado, destacamos que, como surge de lo que antecede, el bien común puede exigir –al margen de la actividad de fomento (ordenada a promover, facilitar, incitar y proteger la de los particulares en aspectos materiales e inclusive culturales)– una acción estatal multiforme en los campos económico y social (servicios públicos y sociales), la cual puede llegar a que entidades estatales pasen a actuar en las actividades propias de los particulares comprendidas en el principio de la libertad de trabajo, comercio e industria (realización de operaciones bancarias, comercio de combustibles, etc.).

Los que anteceden –conjuntamente con los servicios que analizamos a continuación– han sido denominados cometidos de bienestar y progreso social, los que aunque no necesarios al ser del Estado, resultan en ciertas circunstancias indispensables para la “buena vida en común”.

Los servicios sociales (p. ej. enseñanza, hospitales, etc.) no se confunden con los denominados “servicios públicos impropios”, ni

resulta conveniente englobarlos en el concepto de servicio público, ya que en aspectos fundamentales su régimen es distinto.

El distinto régimen jurídico entre el servicio “social” y el “público” –aunque se extienden a aquél parte de los principios que regulan a éste– deviene de las siguientes notas:

a) El servicio social –a diferencia del público, “propio o impropio”– no es básicamente industrial o comercial, sino que es una actividad dirigida en forma inmediata al mejoramiento de los individuos, especialmente de aquellos que están en condiciones menos favorables; y también, a diferencia de los servicios públicos donde la prestación es de carácter material o consiste en el uso de un medio técnico, “en los servicios sociales la prestación es distinta y variada. A veces se limita a la entrega de una suma de dinero (jubilación, pensión, subsidio, asignación familiar, etc.) o de cosas materiales (auxilios de ropa, comida, etc.); en otros casos consiste en el cuidado de la persona (asistencia médica, asilo para ancianos, etc.) o en el desarrollo de sus conocimientos (servicios de enseñanza, etc.)”<sup>14</sup>.

#### Continuación nota 13

caso, la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay porque el precio que podría pagarse por dichas prestaciones jamás cubriría su costo, y nadie estaría interesado en concurrir. En tales casos, la regulación de nuevo interviene, imponiendo la prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector, precisando cuáles son las obligaciones o cargas de prestación universal, obligatoria, que hay que garantizar, como misión o tarea de interés general en cada sector concreto, a cuyo cumplimiento vienen vinculados los operadores que actúan en él. Ello exige un régimen de autorización reglamentada, con la imposición de cargas u obligaciones en la medida en que haya que garantizar determinadas prestaciones al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector. El cumplimiento de tales obligaciones puede imponerse unilateralmente por la norma reguladora, o en cada caso, con los distintos operadores cuando se les otorga la autorización para operar en el sector. Tanto en uno como en otro, habrá que prever la correspondiente compensación económica, cuando las concretas obligaciones de servicio al público no puedan ser costeadas por sus destinatarios (ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La regulación económica”, ob. cit., p. 59).

14 SAYAGUÉS LASO, (n 7), p. 80. Escribe CASSAGNE que “los servicios públicos propios se distinguen también de los llamados servicios sociales que presta el Estado en áreas tales como la cultura, salud pública, previsión social, cuya gestión suele encomendarse a órganos o entes administrativos, sin perseguirse fines de lucro. Esta actuación estatal, para la realización de prestaciones que no poseen contenido económico, no implican reemplazar ni sustituir la iniciativa privada que, respecto de estas actividades, continúa regida por el principio de la libertad, sin perjuicio de lo cual –cuando la actividad la lleva a cabo el Estado– se aplican los principios y normas propios de la función administrativa. En definitiva, salvo que se configure la *publicatio*, tales actividades no son de titularidad estatal ni su otorgamiento se rige por las técnicas de la concesión de servicios públicos ni del permiso” (ibídem). En sentido concordante, C.N.Fed.Cont.Adm., sala IV, 15/09/81, caso “Fundación San Martín de Tours”, L.L. 1982-B-363, con nota de Rodolfo C. Barra, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”.

b) El servicio público entra en la esfera de acción propia del Estado, por lo que los particulares no pueden explotarlo sin delegación (concesión o licencia), la cual amplía el campo de acción de aquéllos; en cambio, la autorización –de rigor, por lo común, en los servicios sociales– habilita al particular para hacerlo, levantando el obstáculo jurídico que impedía el ejercicio de su derecho, dado que se trata de actividades que los particulares ejercen por derecho propio –no por delegación estatal–, pero condicionadas a la mentada autorización.

c) En razón de su finalidad, los servicios sociales a cargo del Estado no persiguen fines lucrativos y además son generalmente deficitarios, todo lo cual determina un régimen especial de financiación, puesto que sólo pueden desenvolverse mediante el establecimiento de impuestos o contribuciones especiales; la naturaleza comercial o industrial de los servicios públicos, en cambio, permite una financiación basada en precios o tasas.

d) En el servicio público hay “usuarios”, mientras que en los servicios sociales las personas amparadas, más que usuarias, son “beneficiarias” de ellos.

No podemos marginar la concepción de la autorización reglamentada, que expone Gaspar Ariño Ortiz.

Luego de destacar el “triunfo del neoliberalismo (de eso que se llama desregulación o neorregulación)”, escribe el citado autor que “hay una circunstancia más próxima e inmediata que ha provocado la necesaria revisión del concepto de servicio público en el ámbito español y europeo. Esta no es otra que la integración de los países en el ámbito de un mercado único -la Unión Europea- presidido por cuatro libertades: libertad de comercio de productos y mercancías, libertad de movimiento

de capitales, libertad laboral y libertad de establecimiento y prestación de servicios en el marco de la Comunidad”<sup>15</sup>.

Luego, sobre “algunos elementos definidores del nuevo concepto y la nueva técnica del servicio público que trata de hacer compatible éste con las libertades básicas del Mercado Único Europeo”, expresa<sup>16</sup>: “En la regulación de los servicios, en un régimen competitivo, hay que distinguir lo que son prestaciones de mercado y prestaciones de ‘servicio esencial universal’. Estas últimas son aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay porque el costo de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar, y nadie estaría interesado en concurrir. En tales casos, la regulación de nuevo interviene, imponiendo la prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector. Es justamente este planteamiento el que ha venido a suponer una transformación radical del concepto de servicio público ...La apertura de los servicios a la competencia y a las leyes de mercado (frente a la idea tradicional de que todo servicio público, como actividad reservada, otorgaba derechos de exclusiva) se caracteriza básicamente por las siguientes notas: a) La no calificación, como servicio público, de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél. En lugar de declarar ‘servicio público’ el correo, las telecomunicaciones, el gas, la electricidad, el transporte o la televisión, lo que hay que hacer es precisar, en cada uno de ellos, cuáles son las obligaciones o cargas de servicio público, esto es, de servicio

15 En “La regulación económica”, Bs. As., 1996, p. 59

16 En ob. cit., pp. 119/122.

universal, obligatorio, que hay que garantizar, como misión o tarea de interés general en cada sector concreto, a cuyo cumplimiento vienen vinculados los operadores que actúan en él. Ello exige justamente la diferenciación de prestaciones... En cada sector hay que determinar, en concreto, cuáles son esas obligaciones. b) El abandono del concepto de reserva, con todo el régimen jurídico que este concepto lleva consigo (titularidad de la actividad a favor del Estado, idea de concesión como transferencia de una competencia originariamente administrativa, con rescate en cualquier momento, garantía del equilibrio financiero de la empresa, responsabilidad administrativa, etc.). En lugar de ello, el concepto de servicio público se acerca más a la idea de actividad reglamentada, propio del mundo anglosajón. c) Se sustituye el régimen cerrado y en exclusiva, que caracteriza hasta ahora los servicios públicos, por un régimen abierto, en principio, en cuanto a la entrada en el sector, bajo régimen de autorización reglamentada, sometida a una 'regulación por causa de servicio público' y a la imposición de cargas u obligaciones de servicio, en la medida en que haya que garantizar determinadas prestaciones al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector. El cumplimiento de tales obligaciones puede imponerse unilateralmente por la norma reguladora del servicio, o contractualmente, pactándolo, en cada caso, con los dis-

tintos operadores cuando se les otorga la autorización para operar en el sector. Tanto en uno como en otro habrá que prever la correspondiente compensación económica, cuando las concretas obligaciones de servicio al público no puedan ser costeadas por sus destinatarios ...".

Hemos sostenido de tiempo ha<sup>17</sup> que los elementos esenciales de la noción de servicio público son:

#### La naturaleza de la actividad

El servicio público es una "pars" de la actividad administrativa, básicamente industrial o comercial, actividad o función del poder político mediante la cual se tiende a alcanzar cometidos o funciones del Estado, en la especie, de bienestar y progreso social, acciones que si bien no son necesarias al ser del Estado, sino de mera "utilidad", resultan indispensables para la "buena vida en común".

#### El sujeto que lo presta

La actividad de marras es desarrollada por entidades estatales o por su delegación, en este último caso bajo el control de aquéllas<sup>18</sup>.

#### El fin y el objeto

Tal actividad tiene por fin satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva<sup>19</sup>, mediante prestaciones materiales<sup>20</sup> en

17 En "Los Servicios Públicos - Régimen Jurídico Actual", Bs. As., 1994, pp. 18 / 21. Acertadamente ha escrito Juan Carlos CASSAGNE que "En nuestro país la categoría del servicio público tiene tanto base constitucional (art. 42, Constitución Nacional) como legal (art. 1º, ley N° 24.065 y art. 1º, ley N° 24.076). A la luz de estas claras y precisas definiciones normativas la discusión en torno a la eliminación de la noción carece de todo sentido y sólo refleja opiniones personales emitidas, en cualquier caso, de 'lege ferenda'": en "Presente y futuro de la regulación económica", "La Ley", boletín del 1 - VII - 96.

18 "Por ello es que en virtud de esta delegación el servicio público está sometido al control del poder de policía, de una manera subordinada e inexcusable, que compete a la autoridad administrativa concedente para que aquélla resulte beneficiosa, y no perjudicial al público": CANASI, JOSÉ, "Derecho Administrativo", Vol. II, Bs. As., 1974, p. 564.

19 La necesidad colectiva no es sino una suma apreciable de concordantes necesidades individuales.

20 "en los servicios públicos la prestación que se ofrece al usuario es de carácter material y está constituida por la realización de un servicio o el uso de un medio técnico: suministro de energía eléctrica o de agua corriente, utilización del teléfono, transmisión de un telegrama, etc.": SAYAGUÉS LASO, ob. cit., p. 80.

especie<sup>21</sup>, periódicas y sistemáticas<sup>22</sup>, que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el usuario<sup>23</sup>.

### El régimen que lo regula

La actividad está asegurada por un régimen jurídico especial, de derecho público, para permitir que quien la desarrolla pueda atender mejor la satisfacción de las necesidades antes mentadas; pero una prudencial regulación del servicio, al margen de reconocer prerrogativas a quien lo presta, debe suministrar a los administrados o usuarios las armas legales contra los eventuales desbordes autoritarios.

En definitiva:

- a. Caracteriza al servicio público la titularidad estatal sobre la actividad y el carácter de mero gestor delegado de quien presta una sobre la que no detenta titularidad, por lo que queda vinculado a las condiciones de suministro que han sido determinadas por el delegante, entre ellas la obligatoriedad.
- b. No compartimos la idea de quienes propician una evolución del concepto de servicio público hacia otro que llega a identificarse al de las actividades privadas de interés general, propugnando que se cambie en todo caso la técnica o herramienta de regulación, sin abandonar en definitiva el concepto de servicio público, que puede seguir siendo útil, incluso en el ámbito supranacional. Si bien se puede mutar el régimen jurídico de cierta actividad económico-industrial, abandonando el campo del servi-

cio público y pasando al de las actividades privadas de interés público, industrias o autorizaciones reglamentadas, entendemos no parece conveniente alterar aquél, el que, con un régimen jurídico diverso, puede seguir siendo útil.

c. Pensamos que la titularidad no es indiferente al régimen a establecer, explicando la existencia de dos regímenes distintos: el propio de la actividad administrativa del Estado o el de regulación externa de actividades privadas (con todos los límites constitucionales del poder de policía); igualmente, que la renuncia “a la prestación”, o a la gestión directa del servicio por el Estado, no permite deducir renuncia “a la titularidad de la actividad”, sino, únicamente, a la gestión directa del servicio; asimismo, que en el estado actual de los procesos de integración la cuestión puede resolverse delegando por ejemplo en una “unión supranacional” lo concerniente a la “publicatio”, a las técnicas que habilitan a una empresa privada a prestar un servicio público, a la promoción de la competencia, etc.

Las diversas formas de gestión de los servicios o actividades que tienden a satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, interesan –entre otras causas– por la condición jurídica del prestatario, las relaciones entre los prestatarios particulares y el Estado y el derecho de los consumidores o usuarios a reclamar los servicios.

Y la actividad puede estar a cargo de personas estatales, entidades públicas no estatales, sujetos privados e incluso sociedades cooperativas.

21 Es decir, prestaciones de actividades o de bienes distintos del dinero; las prestaciones en dinero pueden constituir servicios sociales, actuación estatal en el campo de la actividad particular, etc., pero no servicio público.

22 Esto es, su oferta debe tener cierto carácter de continuidad en el tiempo y de sistematización; por ello, no se podría considerar como servicio público la participación de las fuerzas armadas en los trabajos de siega, excepcionalmente ordenada por falta de mano de obra.

23 Es menester restringir la noción de servicio público a aquellas actividades encaminadas a procurar utilidades específicas a determinados habitantes (usuarios), ya que sólo en estos casos se configura la actividad como una prestación en sentido técnico, o sea, una actividad que un sujeto debe efectuar en beneficio de otro, a quien se proporciona una utilidad concreta, y en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria intercurrente entre ambos. Lo expuesto a mi juicio fundamenta se haya resuelto que “la radiodifusión no es servicio público, sino como expresamente consigna la ley 22.285 en su art. 4, constituye servicio declarado de interés público”: C. N. Crim. y Correc. Fed., sala II, “El Derecho”, boletín del 9 - VIII - 96.

Ahora bien, es menester –superando lo meramente útil o conveniente– elevarse a los principios trascendentes para decidir cuándo y en qué medida una actividad de tal tipo ha de ser llevada a la categoría de servicio público “*stricto sensu*”.

Primero, debe estar justificada la exaltación a servicio público; después, se debe optar entre gestión estatal o delegada.

Y es con prudencia política como debe decidirse si una necesidad colectiva será satisfecha mediante actividades particulares de interés público, industrias o autorizaciones reglamentadas, o servicios públicos en sentido estricto (todas operaciones básicamente industriales o comerciales), en aplicación del principio de subsidiariedad y en defensa de la competencia para beneficio de los consumidores o usuarios.

Es que sólo mediando decisiones prudenciales se puede lograr afianzar la justicia en estos asuntos, siendo fundamental para ello quiénes sean los individuos que ejerzan el poder, porque no gobiernan las leyes, sino los hombres con las leyes, como instrumentos o utensilios que deben emplearse para afianzar la justicia.

En caso que se resuelva la gestión estatal, se han de administrar los rubros respectivos contribuyendo al mismo tiempo a facilitar la capacitación del sector privado, para que pueda hacerse cargo de ellos; aunque es frecuente que una vez que el Estado asume una actividad propia del sector privado, tiende a no revertirla, por creer los gobernantes que ha de disminuir su poder, marginando que el respeto pleno del principio de subsidiariedad es la mayor garantía de la estabilidad política.

Es por lo que antecede que se justifica tratemos brevemente dos temas fundamentales,

a saber: la realidad empresarial y la prudencia gubernativa, haciendo sobre la primera cuestión una breve síntesis de las enseñanzas de Gaspar Ariño Ortiz y Juan Carlos Cassagne<sup>24</sup>, teniendo por tanto muy poco de original, lo que por cierto no reviste importancia alguna cuando lo que se hace es presentar lo explicado por hombres sabios y con gran experiencia en el asunto.

## II. LA REALIDAD EMPRESARIAL

Nos ocuparemos aquí entonces de la realidad empresarial, presentada generalmente ante la opinión pública como “el patito feo” en las relaciones en que también intervienen el Estado y los consumidores o usuarios.

Y así, por ejemplo, se ha escrito que “Uno de los procesos centrales de la década de los ’90 fue el cambio del paradigma en la prestación de los servicios públicos en la Argentina. El nuevo modelo partía de la premisa de que con una mínima participación del Estado, el mercado, por medio de sus reglas y sus agentes, permitiría a los ciudadanos acceder a un servicio de excelente calidad a bajos costos. La crisis del 2001 demostró la falsedad del paradigma, que llevó al sector de los servicios públicos a la situación actual de falta de inversiones, ciudadanos sin acceso a los mismos, reclamos millonarios contra el Estado nacional, etc.”<sup>25</sup>.

Sin duda que existe actualmente en países de Iberoamérica desconfianza en sectores de la comunidad –muchas veces promovida por políticos y gobernantes– respecto de ciertas actividades (sean particulares de interés público, industrias reguladas o con autorización reglamentada, o servicios públicos en sentido estricto), como a la vez inseguridad en las em-

24 Comp. CASSAGNE, Juan Carlos y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, en “*Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*”, Bs. As., 2005; CASSAGNE, Juan Carlos, “*El Contrato Administrativo*”, Bs. As., 2005.

25 “Luz: la tarifa que viene II”, por ELUANI, Andrés, Gerente Ejecutivo EPRE, diario Los Andes de Mendoza, Argentina, del 2/XI/05.

presas gestoras en relación al futuro de sus inversiones.

Unos entienden que hay que asignar más obligaciones a las empresas y rebajar precios o tasas, en tanto que otros sostienen la necesidad de ratificar, en su caso, el equilibrio económico de sus convenciones y recuperar las garantías de su inversión.

Además, las empresas interesadas arguyen –cuando se da el supuesto– incumplimiento contractual en cuanto a los niveles tarifarios, y las autoridades lo hacen respecto al grado de inversiones.

Todo ello ha motivado un importante incremento de la conflictividad jurídica, la que sería el motivo determinante de la reducción –cuando no interrupción– de las inversiones.

Así las cosas, el auténtico bien común exige recomponer las relaciones entre el Estado (en sentido amplio), los consumidores o usuarios y las empresas que desarrollan las mentadas actividades, de modo tal que se logre un encuadre serio, que brinde a todos los interesados la necesaria seguridad jurídica –y de otras especies– en lo que justificadamente reclaman.

Ahora bien, para lograr lo que antecede, es menester tener en cuenta que las actividades empresariales de marras suelen desenvolverse usualmente sobre infraestructuras de red, continuas (p. ej., las redes eléctricas, de gas, los ferrocarriles) o discontinuas (v. gr., los aeropuertos), presentando las siguientes particularidades:

- a. Se trata de actividades directamente vinculadas a la buena vida en común, tanto para los individuos como para el desarrollo de la actividad económica, dado que ello depende en gran medida de la eficiencia de las prestaciones, como las de energía, transporte, comunicaciones, etc..
- b. Demandan grandes inversiones, con largos plazos de amortización.
- c. Una vez efectuada la inversión original, el costo adicional de suministrar una nueva unidad es pequeño, lo que ofrece considerables eco-

nomías de escala y una tendencia al monopolio/oligopolio, realizado por grandes entidades.

Es por tales peculiaridades que los Estados han asumido frecuentemente como propias esas actividades, declarándolas reservadas por ley y gestionándolas directamente, u otorgándolas en concesión o delegación a empresas privadas sobre las que ejercen atribuciones similares a las que despliegan sobre sus otras actividades administrativas.

Mas es dable observar que –en general y en los últimos años– el Estado se está retirando de la gestión empresarial, debido a que:

- a. por lo común se ha demostrado ineficaz, y
- b. el tremendo gasto social que pesa de modo creciente sobre los erarios públicos lo ha obligado a recurrir al capital privado, para que le alivie la pesadez.

De lo expuesto cabe concluir en que si las actividades en trato por lo general requieren grandes inversiones, si hay capital disponible en los mercados –nacional o internacional– y si escasea en cambio el capital público, la solución es admitir empresas privadas para la gestión de las mismas, regulándolas de modo que cumplan su fin, para lo cual las principales determinaciones de la gestión se fijan y supervisan por la autoridad pública.

Ahora bien, la relación entre el dueño del capital y el Estado (“*lato sensu*”), cuando se configura como un contrato, es un vínculo que da origen a una incesante interdependencia entre las partes del acuerdo, la que requiere un sostenido espíritu de colaboración y buena fe, y conservando siempre la entidad estatal la responsabilidad sobre las prestaciones que son, como se ha visto, esenciales para la buena vida en común.

Las actividades de gestión privada están entonces a cargo de empresas que, como tales, deben defender su cuenta de logros, desde que

son ante todo empresas, no instituciones de beneficencia ni entidades sufragadas por el Estado. Por otra parte, muchas se desarrollan en un régimen de competencia. Ergo, como las empresas deben subsistir, es menester se resguarden—lícitamente, por cierto— ante el Estado y la competencia.

No obstante satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, la empresa es de propiedad de los titulares del capital (y no de los clientes, consumidores o usuarios), con personalidad jurídica y órganos que la dirigen y administran; y ello así, sea que provenga de una entidad estatal “privatizada” o de los privados.

La defensa de los intereses de sus accionistas y de sus agentes, la conservación de su “rating”, la salvaguardia de su identidad, son obligaciones de sus directivos, que tanto el Estado como los clientes, consumidores o usuarios deben comprender y respetar.

El contrato —en su caso— debe componer los intereses de todos, siendo de su contenido plenamente exigible el “equivalente económico”, es decir, el “equilibrio financiero” pactado y no la forma puntual de realizar la prestación, la cual se encuentra sujeta al ejercicio del denominado “*ius variandi*” (con sus límites correspondientes).

Y cuando se desenvuelven en áreas competitivas, puede el Estado igualar a las distintas firmas en las condiciones de competencia; no, por el contrario, intentar hacer eficientes de modo artificioso a empresas que no lo son.

Siempre en razón de ser fundamentales para la buena vida en común, las empresas en cuestión tienen un marcado deber de transparencia, brindando explicaciones de lo que obran en forma más intensa que la requerida a otras empresas particulares, dado que quien asume la satisfacción de necesidades colectivas debe exponer abiertamente la identidad de sus gestores y accionistas, su patrimonio y su contabilidad para los correspondientes análisis; y ello resulta favorable incluso para las empre-

sas, desde que así evitan valoraciones apresuradas, torcidas, con datos insuficientes, evaluaciones en suma más políticas que empresariales.

Por otra parte, los deberes de humanidad social y ambiental son de todas las empresas, pero especialmente de las que estamos considerando, ya que con ellos patentizan su débito con el fin de su actividad: satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva; y se demuestra tal ánimo cumpliendo debidamente con sus obligaciones —fundamentalmente en períodos de crisis—, sin que aquél envuelva que rebosen de personal, paguen a sus empleados más que las otras compañías, ofrezcan prestaciones por precios o tasas inferiores a los de costo, etc..

En casos de emergencias, estas empresas deben contribuir a su superación con el mismo (y aun mayor) esfuerzo que debe hacer toda la comunidad, por ejemplo mediante ardores financieros para mantener la continuidad de la actividad; mas ello importa también que el Estado tenga especial consideración en caso de auténtico brete empresarial, la que puede traducirse —*verbi gratia*— y en ciertos casos en un régimen especial de quiebras.

### III. LA PRUDENCIA GUBERNATIVA

Para acomodar las relaciones entre Estado, empresas gestoras y consumidores o usuarios es imprescindible (y superando —como dijéramos— lo útil o conveniente) la prudencia política, la que no siempre exhiben los gobernantes, sea por incapacidad o por maquiavelismo.

La prudencia política —también llamada regnativa o gubernativa— es la virtud propia del gobernante, siendo la de mandar bien: a sí mismo, poniendo orden en sus afectos interiores y en sus relaciones exteriores con los demás hombres, y a los demás en la familia, en el municipio, en el Estado, según se trate de pru-

dencia personal o de prudencia gubernativa, aunque las dos estén estrechamente unidas, pues como dijera Luis de la Puente: “Quien no es prudente en las cosas propias, no podrá serlo en las ajenas; y quien no tiene discreción para gobernar su casa, no la tendrá para gobernar la nación”<sup>26</sup>.

La prudencia política es, más precisamente, una cualidad de la razón práctica que la dispone a realizar con prontitud, infalibilidad y eficacia los actos enderezados a la consecución del bien común.

La prudencia gubernativa auténtica está integrada por tres momentos, es decir, tres son las operaciones de la razón práctica:

- a. consejo o deliberación, por la que indaga los medios conducentes al bien común;
- b. juicio, por la que determina cuál es el medio más útil para alcanzarlo; y
- c. mandato o mando, por la que aplica la voluntad a las acciones ya deliberadas y juzgadas como convenientes.

En otras palabras, la prudencia política es una potenciación de la inteligencia y de la voluntad del gobernante que le pone precisamente en situación de tomar decisiones acertadas; incluye en su concepto la intrepidez del que debe lanzarse desde el mundo del conocimiento al de la acción para introducir en la existencia aquello que aún no es.

Para que, ante un caso singular, el gobernante adopte una decisión acertada, una resolución prudencial, es menester que conozca:

- a. los principios que gobiernan toda la extensión del orden ético;
- b. el orden normativo-positivo; y
- c. las condiciones y circunstancias concretas que componen el caso singular.

Pero el solo conocimiento es impotente para conducir a la solución adecuada, siendo menester además un acto de voluntad recta: la prudencia es una de las virtudes cardinales y sólo cuando es constante y perpetua la voluntad de concretar el bien común, ésta moverá a la razón para que dicte una solución conforme a la verdad.

No basta para ser prudente que el gobernante quiera observar esta virtud esporádicamente en algún determinado caso, porque prácticamente no existe quien persiga obrar en todos injustamente, sino que es menester que tenga la firme voluntad de conservarla siempre y en todos los supuestos.

De lo que antecede resulta que –como bien se ha enseñado<sup>27</sup>– la persona del político debe contar con unas cuantas condiciones elementales –orgánicas o no–, partes integrales, requisitos o ingredientes para el desarrollo de su acción, lo que muchas veces –como es de público y notorio– está ausente en el dirigente.

La prudencia es un conocimiento que por su índole especial requiere información del pasado y visión del presente, conocimiento que se adquiere por la docilidad al magisterio de los otros y la agilidad mental para la pesquisa propia.

Pero además del conocimiento y su adquisición, es menester usar hábilmente del saber adquirido, ordenando las acciones al fin, atendiendo a las circunstancias y evitando los obstáculos.

Escribe Francisco Fernández Carvajal<sup>28</sup> que las partes integrales de la prudencia –tanto de la personal, que se encarga de dirigir los actos individuales, como de la gubernativa o social, que hace referencia al bien común de la sociedad– son: “la *memoria de lo pasado*, ya que el recuerdo de los éxitos o fracasos señalan un

26 Cit. por RAMÍREZ, Santiago, “Pueblo y Gobernantes al Servicio del Bien Común”, Madrid, s/f.

27 Ver PALACIO, Leopoldo Eulogio, “La prudencia política”, Madrid, 1945, pp. 203 y ss.

28 En “Antología de textos”, Madrid, 1990, p. 1201.

camino a seguir o un camino a dejar; la *docilidad* para pedir y aceptar consejos de personas más experimentadas; la *intuición* o comprensión de la realidad presente con sus circunstancias; la *sagacidad* es la 'objetividad ante lo inesperado' (Pieper) y hace referencia a la prontitud de espíritu para resolver por sí mismo los casos urgentes, en los que no es posible detenerse para pedir consejo; la *razón*, que produce los mismos resultados que la anterior en los casos no urgentes, que dan tiempo al hombre para resolver los asuntos después de madura reflexión y examen; *providencia* (de *procul videre*, ver desde lejos), que consiste en tener presente el bien lejano que se intenta, para ordenar a él los medios oportunos y prever las consecuencias que se pueden seguir del acto que vamos a realizar. Es el acto integral más importante de la prudencia, al que se ordenan todos los demás. La *circunspección* mira atentamente las circunstancias que rodean al acto que se va a realizar. La *cautela* o precaución hace referencia a los impedimentos que podrían ser obstáculo o comprometer el éxito del fin deseado”.

Y no está de más recordar a esta altura que bien prevenía Luis de Granada que se debe estar muy avisado no ser fácil en estas seis cosas: “en creer, en conceder, en prometer, en determinar, en conversar livianamente con los hombres y mucho menos en la ira. Porque en todas estas cosas hay conocido peligro en ser el hombre fácil y ligero para ellas. Porque creer ligeramente es liviandad de corazón (o ingenuidad); prometer fácilmente es perder la libertad; conceder fácilmente es tener de qué arrepentirse; determinar fácilmente es ponerse en peligro de errar; facilidad en las conversaciones es causa de menosprecio (y de indiscreciones); y facilidad en la ira es manifiesto indicio de locura”<sup>29</sup>.

El maquiavelismo –lamentablemente muy común entre los políticos– concibe el Estado como un artefacto aséptico de moral para cuya producción y montaje se puedan transgredir por el estadista las leyes morales, con tal de que la obra hecha resulte bien.

Lo doctrina de Maquiavelo despliega que la política es algo factible, que puede ser valorada por sus resultados externos con independencia de la norma moral, por lo que compete su dirección a un arte.

El prudencialismo, en cambio, enseña que la política es algo agible, que no puede ser valorada sólo ni principalmente por sus resultados externos y por su éxito, sino por la bondad intrínseca y moral que proporciona a los miembros de la comunidad.

Señala Jacques Maritain<sup>30</sup> que antes de Maquiavelo, si bien ya hubo gobernantes que usaron de la mala fe, de la perfidia, de la crueldad, del asesinato y de todos los crímenes de que son capaces la carne y la sangre del hombre, para la adquisición de poder y de éxito, y para la satisfacción de sus caprichos y ambiciones, ellos, obrando así (en general) se sentían culpables y tenían una mala conciencia (dentro de los límites en que puede decirse que tuvieran conciencia).

Pero después de Maquiavelo, en cambio, al emplear los gobernantes la injusticia para establecer el “orden” y toda clase de mal para satisfacer su ambición de poder, tendrán una conciencia limpia y sentirán que cumplen su deber como jefes políticos. Y si suponemos que no son enteramente escépticos en asuntos morales y que tienen algunas convicciones religiosas y éticas acerca de la conducta personal del hombre, entonces se sentirán obligados –en todo lo relativo a la política– a dejar a un lado aquellas convicciones, o a ponerlas entre paréntesis, y a sacrificar estoicamente su mo-

29 Cit. por RAMÍREZ, en ob. cit., p. 92

30 En “Principios de una política humanística”, Bs. As., 1946, esp. Cap. V.

ralidad personal en el altar del bien político. Lo que antes era un simple “hecho”, con toda la debilidad e inconsistencia que acompaña, aun en lo malo, a las cosas accidentales y contingentes, se ha convertido –después de Maquiavelo– en un “derecho”, con toda la firmeza y permanencia que son propias de las cosas necesarias. Un completo olvido del bien y del mal ha llegado a ser considerado como regla, no de la moralidad humana –ya que Maquiavelo nunca pretendió ser un filósofo moral–, pero sí de la política humana.

Agrega Maritain que no sólo debemos a Maquiavelo el conocimiento reflejo y la conciencia de la inmoralidad empleada, de hecho, por la masa de los hombres políticos sino que, al mismo tiempo, él pretendió enseñarnos que esa misma inmoralidad es la verdadera ley de la política; y añade que la responsabilidad histórica de Maquiavelo consiste en haber aceptado, reconocido y apoyado como regla el hecho de la inmoralidad política, y de haber asegurado que una buena política, una política de acuerdo con su verdadera naturaleza y sus fines genuinos, es por esencia una política no-moral o amoral.

Mas lo cierto es que, como apunta Faustino J. Legón<sup>31</sup>, “La política tiende al bien común del cuerpo social. Eso le da su medida. El bien común es también moral. Por eso le es incompatible cualquier medio intrínsecamente malo. Pero, como tiende a la vida recta de una multitud de seres débiles y pecadores, recurre al principio del mal menor y a la tolerancia para evitar los mayores”.

Y anota Maritain que Maquiavelo, como muchos otros grandes pesimistas, tenía una idea un tanto ruda y elemental de la ciencia moral, lo que lleva a que pueda llamarse vituperable o malo a la conducta auténticamente moral de un hombre justo envuelto en las complejidades de la vida humana y de la verdadera ética: por ejemplo, la justicia misma puede exigirnos incansable energía –que no es venganza ni crueldad–

para luchar contra enemigos malvados y de corazón corrompido; tampoco puede decirse que el disimulo sea siempre mala fe o deslealtad, no siendo moral, sino necio, el abrir uno su propio corazón y sus íntimos pensamientos a cualquier prójimo obtuso o mal intencionado, no siendo la estupidez nunca moral, sino un vicio; cierto grado de disimulo, si tiene como fin engañar a personas malintencionadas, no debe ser considerado como un engaño de zorra, sino como un arma legítima de la inteligencia, siendo cabalmente el papel de ésta usar el disimulo sin la más pequeña muestra de falsedad o de imposición, apareciendo el uso de la mentira, particularmente la industrialización en gran escala de la mentira, no sólo como bajeza moral, sino también como vulgaridad mental y completa degradación de la inteligencia.

La política, en fin, debe ser siempre genuinamente política, siempre consciente de que se halla situada en el orden de la naturaleza, y debe poner en práctica virtudes naturales: debe estar armada con justicia real y concreta, con fuerza, perspicacia y prudencia; tendrá en su mano la espada -atributo del Estado- pero sabrá también comprender que la paz es la obra y el fruto no sólo de la justicia sino del amor, y que ese amor es también una parte esencial de la virtud política.

Destacamos por último, también con Maritain, la paradoja y el principio interno de inestabilidad del maquiavelismo de Maquiavelo. El maquiavelismo supone esencialmente la completa erradicación de los valores morales en el cerebro del artista político como tal; pero al mismo tiempo supone la existencia actual y la actual vitalidad de los valores y creencias morales en todos los demás, en todo el material humano que el príncipe va a manejar y dominar. Ahora bien, es imposible que el uso de una supramoral, es decir, de un arte de política enteramente inmoral, no produzca una progresiva disminución y degeneración de los

valores y creencias morales en la vida humana común, una progresiva desintegración del tesoro heredado de estructuras estables y de costumbres ligadas con aquellas creencias, y finalmente una corrupción progresiva de la misma materia ética y social con la cual opera esa política supramoral. Así, un tal arte consume y destruye su misma materia sobre la que trata de ejercitarse, y al mismo tiempo será víctima de su propia degeneración ...

Rememoramos a esta altura la máxima de Maquiavelo "*Qui nescit dissimulare, nescit regnare*" (el que no sabe disimular no sabe reinar), y transcribimos sin comentarios: "Un señor prudente no puede ni debe mantener la fe cuando esa observancia puede ser vuelta en su contra y cuando ya no existen las razones que le obligaron a ello. Si los hombres fuesen enteramente buenos, este precepto no sería válido, pero dado que no lo son y que no observarán la fe al mismo tiempo que tú lo hagas, no estás obligado a observarla tú tampoco. Nunca faltarán a un príncipe razones legítimas que aducir por esta falta de observancia ... Por ello no es necesario para un príncipe poseer todas las buenas cualidades que he enumerado; lo que es necesario es que aparente tenerlas. Y me atrevo a afirmar también que poseer todas esas cualidades y observarlas continuamente es perjudicial, y que lo verdaderamente útil y beneficioso es el aparentar que se las tiene... Que un príncipe pueda conquistar y mantener en su poder un Estado, y los medios de que se haya valido para ello serán siempre considerados como honestos y será alabado por todo el mundo; porque el vulgo acepta siempre las cosas por lo que parecen y por lo que de ellas deriva; y en el mundo existe sólo el vulgo, la masa. Un príncipe de nuestros tiempos, a quien no es necesario nombrar, nunca predica otra cosa que paz y buena fe, y a ambas él es hostil; y ambas, de haber él cumplido lo que predica, le habrían hecho perder reputación y reino en numerosas oportunidades".

Afirmaba (por cierto que con gravísimos errores) Maquiavelo que el cristianismo coloca el bien más elevado "en la humildad, la modestia y el desprecio por las cosas de este mundo; si alguna vez nos incita a ser valientes y arrojados, es para sufrir y no para actuar. Este modo de vivir ... parece haber debilitado al mundo, y haberlo puesto como una presa en manos de los malvados para que hagan con él lo que les plazca; y esto porque la masa de la humanidad, en la esperanza de ser admitida en el Paraíso, piensa más en cómo sufrir las injurias que en cómo castigarlas"; y no debe extrañar que haya continuado Adolfo Hitler: "Lo trágico es que hoy en día hay miles de personas 'instruidas' que corren por el mundo creyendo en toda esta farándula: ellos niegan que la Naturaleza es todopoderosa, glorifican al débil, al enfermo, al tullido y al estúpido. En el mundo ideal de (el Pastor Friedrich von) Bodelschwingh los sanos sólo encuentran la vida eterna si han dedicado sus vidas al débil, al idiota y gente parecida; los enfermos están para que podamos hacer buenas obras. Si esto sigue así durante mucho tiempo, pronto habrá más enfermos que sanos. Hoy ya hay millones de ellos ...".

"*Intelligenti pauca*"

Ahora bien y como escribe Leopoldo Eulogio Palacios<sup>32</sup>, "El falseamiento de la prudencia política desencaja a la prudencia de sus fines morales, y, a la vez, pone todos sus instrumentos de mayor precisión al servicio de una ficción de bien común, que no es en el fondo sino la obtención de un beneficio particular, de un individuo contra el bien debido a la república, o de una república contra el bien debido a las demás. Este provecho... responde a la monstruosidad del falsificador de prudencias, que las falsea para la consecución de ese provecho valiéndose de medios que guardan estrecha similitud con los procedimientos del virtuoso... mostrándonos el antifaz de la hipocresía, la parodia de la virtud, la prudencia fingida, que es doblada malicia. Y contra esto sólo

32 En "*La prudencia política*", ob. cit., pp. 203 y ss.

cabe la mano lista para arrancar la máscara a la falsa política, para descubrirla y dejar al desnudo su pequeñez hedionda. Para esto, de nuevo, la moralidad de la prudencia política, de la verdadera: la verdad del prudencialismo, levantándose como estrella sobre las sombras del maquiavelismo carnal, astuto, doloroso, fraudulento y exasperado. Y quienes, llevados por el pesimismo, dieran en pensar que la política es, por esencia, farsa pura, engaño y dolo público en beneficio de pequeñas satisfacciones privadas, por el que algunos... atentan contra la nación en provecho propio, o por el que algunas naciones atentan contra el legítimo bien de las demás, deberían pensar que la farsa política, por desgracia existente en muchas partes, sólo tiene sentido en relación con una política verdadera, de la que ella es el falseamiento y la corrupción ... Y sólo porque la prudencia política se nos ha manifestado de una manera intrínseca y propia en determinados hombres y en determinados pueblos podemos después predicarla traslativamente de los falsos políticos. El objeto de la prudencia política es la verdad agible puesta al servicio de la nación, y esos falsos políticos dan siempre testimonio, como el hipócrita, del valor de esa verdad, pues no dejan nunca de aparentarla con sus habilidades”.

#### IV. CONCLUSIÓN

Si el gobernante ignora (o quiere ignorar) cómo es y está verdaderamente la realidad, particularmente la empresarial -incluso en sus aspectos negativos-, no puede obrar bien en orden a reencauzar las relaciones entre Estado, empresas y consumidores o usuarios, pues el bien es lo que está conforme con la realidad.

Únicamente en virtud y a causa de su conocimiento de tal realidad, el político podrá determinar lo que debe disponer sobre la forma de satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva.

El sentido de la prudencia política es encontrar en estas materias las vías adecuadas al fin de bien común y determinar así su actualización, conforme al aquí y al ahora, teniendo siempre presente que en aplicación del principio de subsidiariedad (indiscutible regla de la prudencia), en estas materias -y habida cuenta de las circunstancias- si basta la regulación policial, no hay por qué avanzar; si el régimen de concesión satisface, no hay para qué ir al desempeño directo, aunque este último sistema pueda ser en algunos casos indispensable por razones de bien común.

Todo ello lleva ineludiblemente a concluir en que se necesitan gobernantes virtuosos, pues el que no es justo, fuerte y templado, no puede, a su vez, ser prudente. Y “Para que la vida política recupere su perdida dignidad, es preciso que vuelva a alentar en el pueblo el sentimiento de la grandeza de la función gubernativa y de las altas exigencias humanas que dicha tarea implica. Ello vendría a significar justamente lo contrario de una magnificación totalitaria del poder. A lo que aquí se alude es más bien a la necesidad de ir creando en la conciencia del pueblo, merced a una tenaz labor de educación y formación, una imagen que no deje el menor lugar a dudas sobre los presupuestos de orden humano en que ha de fundarse el ejercicio del poder. Sería preciso, por ejemplo, que fuese claro y evidente, aun para el más simple, que allí donde falten la prudencia y la justicia, falta el elemento de aptitud humana sin el cual no es posible desempeñar en su plenitud de sentido el ejercicio del poder ... Si esta medida tuviera efectiva vigencia, ello vendría a significar que sin necesidad de proceder a una repulsa formal y ya antes de entrar en discusión, quedaría ‘*eo ipso*’ descartado de toda elección el hombre irreflexivo, parcial, que se deja llevar ante todo por el afecto o por la voluntad de poder, pues de antemano se le daría por inepto para dar cumplimiento a la justicia del gobernante...”<sup>33</sup>.

33 PIERER, Josef, “Las virtudes fundamentales”, Madrid, 1976, p. 149.