



Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica

ISSN: 0120-8942

Universidad de la Sabana

Carbajales, Mariano

El Estado regulador. Implicancias para el control judicial de la discrecionalidad administrativa

Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica, vol. 28, núm. 1, 2019, Enero-Junio, pp. 69-89

Universidad de la Sabana

DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2019.28.1.3>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72060503003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL ESTADO REGULADOR. IMPLICANCIAS PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

THE REGULATORY STATE.
IMPLICATIONS FOR THE JUDICIAL
CONTROL OF ADMINISTRATIVE
DISCRETION

O ESTADO REGULADOR.
IMPLICAÇÕES PARA O CONTROLE
JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA

MARIANO CARBAJALES*

* orcid.org/0000-0003-3207-199X. Universidad Católica de Temuco, Chile.
mcarbajales@educa.uct.cl.

RECIBIDO: 01 DE AGOSTO DE 2019. ENVÍO A PARES: 02 DE AGOSTO DE 2019
APROBADO POR PARES: 20 DE AGOSTO DE 2019. ACEPTADO: 13 DE SEPTIEMBRE DE 2019

DOI: 10.5294/DIKA.2019.28.1.3

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
MARIANO CARBAJALES. "EL ESTADO REGULADOR. IMPLICANCIAS PARA EL CONTROL
JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA", EN *DIKAION*, 28, 1 (2019). 69-89.
DOI: 10.5294/DIKA.2019.28.1.3.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo replantear los criterios sobre los que se asienta actualmente el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Hoy, las sentencias judiciales limitan al máximo el margen de apreciación o libre elección hacia las autoridades administrativas en situaciones imprevistas. Por ello, en el presente artículo nos proponemos mostrar la necesidad, dado el modelo de Estado de Bienestar actualmente vigente, de un nuevo paradigma en el control judicial de la administración pública que, a un mismo tiempo, recoja, oriente y regule las reglas de la economía en procura de la satisfacción más plena del bien común. Para ello el derecho administrativo, junto con el poder judicial, se constituyen como dos herramientas jurídicas esenciales que, más que confrontación o tensión, como hemos visto hasta hoy, requieren coordinación de una parte y autorrestricción por la otra.

PALABRAS CLAVE

Estado de Bienestar; regulación económica; discrecionalidad administrativa; control judicial de la administración pública.

ABSTRACT

The objective of this paper is to rethink the criteria on which the judicial control of administrative discretion is currently based. Currently, court decisions limit the margin of discretion or free choice towards administrative authorities in unforeseen situations. Therefore, in this article we propose to show the need of a new paradigm in the judicial control of the Public Administration that, at the same time, collect, orient and regulate the rules of the economy in search of the fullest satisfaction of the common good; this, given the model of Welfare State currently in force. To doing so, the Administrative Law, together with the Judicial Power, are constituted as two essential legal tools that, more than confrontation or tension, as we have seen until today, require coordination and self-restriction.

KEYWORDS

Welfare state; economic regulation; administrative discretion; judicial control of public administration.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo repensar os critérios sobre os quais o controle judicial da discricionabilidade administrativa se encontra atualmente. Hoje, as sentenças judiciais limitam ao máximo a margem de apreciação ou livre escolha com respeito às autoridades administrativas em situações imprevistas. Por esse motivo, no presente artigo nos propomos a mostrar a necessidade, dado o modelo de Estado de bem-estar vigente na atualidade, de um novo paradigma no controle judicial da administração pública que, ao mesmo tempo, reúna, oriente e regule as regras da economia em busca de satisfação mais plena do bem comum. Para isso, o direito administrativo e o poder judicial, juntos, constituem-se como duas ferramentas jurídicas essenciais que, mais do que confronto ou tensão, como vimos até hoje, requerem, por um lado, coordenação e, por outro, autorrestrrição.

PALAVRAS-CHAVE

Estado de bem-estar social; regulação econômica; discricção administrativa; controle judicial da administração pública.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LAS DOCTRINAS ECONÓMICAS. 1.1. EL KEYNESIANISMO. 1.2. EL ESTRUCTURALISMO. 1.3. LA NUEVA MACROECONOMÍA CLÁSICA. 1.4. LA TEORÍA DEL INTERÉS PÚBLICO O “FUNCIONALISTA”. 1.5. LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE INTERÉS, LOS GRUPOS DE ACCIÓN COLECTIVA O GRUPOS DE PRESIÓN. 1.6. LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA (*PUBLIC CHOICE*). 1.7. LA TEORÍA DE LA AGENCIA. 1.8. LA TEORÍA INSTITUCIONALISTA. 1.9. LA “NUEVA ECONOMÍA POLÍTICA”. 1.10. LA TEORÍA DEL COMPROMISO CREÍBLE. 2. DISCRECIONALIDAD, COMPROMISO PÚBLICO E INSTITUCIONALIDAD. 2.1. LA DISCRECIONALIDAD. 3. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En la evolución histórica del Estado constitucional o Estado de derecho, llamado así precisamente porque su nacimiento tiene lugar con la aparición de las “cartas de derechos” o “constituciones” como medio para proteger las libertades individuales frente al poder absoluto del Estado, podemos distinguir, muy básicamente y con una finalidad más didáctica e ilustrativa que académica, tres etapas bien diferenciadas que responden a distintas ideologías o concepciones políticas y económicas de la sociedad: el Estado “gendarme”, del *laissez faire* o Estado liberal; el Estado benefactor, Estado de Bienestar o *Welfare State*, que surge como reacción del primero y, la que proponemos en el presente trabajo: el *Estado regulador*.

Para no incurrir en confusiones, desde ya adelantamos que este nuevo modelo de Estado que proponemos es solo eso, un modelo que, según creemos, basados en la observación de la evolución que ha sufrido el Estado desde el inicio de la Edad Moderna, es el que mejor responde a uno de los pilares que deben sostener la estructura y el funcionamiento estatal. Nos referimos al *principio de subsidiariedad*. No obstante no ser el tema central de nuestro trabajo, nos vemos en la obligación de dejar sentada desde ahora nuestra opinión en cuanto al olvido, la mala interpretación o directamente el rechazo que dicho principio ha sufrido en la evolución del Estado moderno y las doctrinas subyacentes que pretendieron dar explicación a tal evolución.

Podría resultar llamativo que en un escrito que se pretende jurídico se comience por hablar de doctrinas económicas, pero nuestra justificación a tal eventual objeción es que, a nuestro entender, son estas las que han protagonizado los grandes cambios sociales del siglo XX y continúan haciéndolo aún en el presente sin que las doctrinas jurídicas hayan marcado su orientación o, al menos, estas últimas han estado rezagadas respecto de aquellas o, lo que es peor, han surgido como consecuencia de su promoción. Entre los acontecimientos históricos que han enmarcado esas teorías, y solo con carácter enunciativo, podemos mencionar a la llamada Gran Depresión de los años treinta (que en opinión de algunos autores fue una de las principales causas de la posterior guerra mundial),¹ a la que los

1 No es este el sitio ni nos corresponde a nosotros entrar a analizar estas causas. Baste decir que existen también quienes piensan que la Gran Depresión ya se había iniciado antes del periodo de entreguerras, caracterizada más bien por una economía liberal a ultranza y reacia a todo tipo de regulaciones. Entre ellos y solo a título meramente ejemplificativo: GABRIEL TORTELLA, *Los orígenes del siglo XXI. Un ensayo de historia*

países buscaban desesperadamente una solución; el auge del desarrollismo y la tecnocracia de los años sesenta, con el nacimiento de nuevas escuelas económicas que hacían hincapié en el fortalecimiento de las industrias nacionales como factor esencial para el desarrollo (era muy común por ese entonces hablar de los “Planes Nacionales de Desarrollo”) y eran caracterizadas por cierto recelo en la apertura indiscriminada de las economías (entre los economistas que se pueden mencionar como pioneros de esta escuela de pensamiento se encuentra el argentino Raúl Prebisch).

Finalmente, no podemos dejar de mencionar la década de la liberalización económica de los años ochenta, fundamentalmente en Gran Bretaña y Estados Unidos (y que para Latinoamérica, por el contrario, significó lo que los economistas llamaron la “década pérdida”), caracterizada por una gran liberalización de la economía (fundamentalmente en materia de servicios públicos) que produjo profundos cambios en el modelo de Estado hasta entonces existente, y la aún creciente globalización económica (especialmente provocada por la innovación tecnología y las grandes multinacionales a través del mercado financiero).

Ante la vertiginosidad de estos cambios, el mundo jurídico, en su carácter de rector y ordenador social, parece haber quedado a la zaga, y no ha acompañado dichos cambios con las normas jurídicas correspondientes. Por otro lado, y enfocados ya en nuestro específico objeto de estudio, tenemos el derecho administrativo que, como bien señala Antonio Jiménez Blanco, tiene como objeto primario las relaciones entre el Estado y la sociedad, lo que a su vez se descompone en una serie de cuestiones: qué idea se tiene del Estado; qué idea se tiene de la sociedad; dónde se traza la línea divisoria entre uno y otra, y cuáles son sus puntos y técnicas de conexión.²

Las respuestas tradicionales a estas cuatro preguntas han sido, básicamente, las siguientes: a) el carácter unitario y monolítico del Estado; b) la consideración de la sociedad como un conjunto de individuos iguales; c) el entendimiento del Estado y de la sociedad como dos sistemas autónomos y autorregulados, y d) la visión de la relación del Estado –de la Administración, en particular– con la sociedad como una mera adición de intervenciones puntuales. Ello llevaba a creer que interés público e interés privado eran conceptos siempre antagónicos y, cada uno de ellos, también monolítico. Con la emergencia de la “administración prestacional”, continúa el mismo autor, después de la Primera Guerra Mundial y, sobre todo, tras la Segunda, los rasgos anteriores experimentan una transformación sustancial.

Estas ideas, desde la perspectiva concreta de dos ciencias naturalmente tan vinculadas, pero históricamente ignoradas como el derecho y la economía, han sido

social y económica contemporánea, Madrid, Gadir, 2005; Hipólito DE LA TORRE (coord.), *HISTORIA CONTEMPORÁNEA (1914-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.

2 En su Introducción al libro *El derecho público del mercado de valores*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1989.

expuestas con claridad por Gaspar Ariño Ortiz³ al decir que, en los últimos años, la relación economía y derecho han cambiado sustancialmente. Economistas de la talla de Hayek o Stigler han prestado creciente atención al sistema institucional en el que la economía se mueve. Juristas como Richard Posner, por ejemplo, han escrito obras de gran relevancia,⁴ o Ronald Coase, quien no obstante su condición de jurista obtuvo el Premio Nobel de Economía por sus estudios sobre los derechos de apropiación y la eficiencia de las reglas del mercado. Hoy, todos hemos tomado conciencia de la estrecha relación entre los sistemas económico y legal.

La relación entre derecho y economía cobra especial relevancia al momento de hablar de la regulación. Una vez más con el precitado académico diremos que:

... hoy todo el mundo entiende que la regulación económica y el derecho público están mutuamente imbricados. Ello quiere decir no solo que regulación y derecho se implican mutuamente sino también que, en ambos, la normativa y la acción, la previsión y la decisión, actúan conjuntamente al servicio del mismo fin. Este fin es, a la vez, la eficiencia económica (promovidas por las poderosas fuerzas del afán de lucro, la creatividad y la libre iniciativa en sectores estratégicos de la sociedad) y la justicia (el dar a cada uno lo suyo, el asegurar el servicio universal, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, de aquellas prestaciones que integran el estándar de vida mínimo de un país). El resultado final de esta combinación será diferente a la suma de las partes: ni la mentalidad jurídica, ni la económica, por sí solas, servirán para entenderlo.⁵

Esta percepción parece ser también compartida por los economistas de la llamada “nueva economía política”, que surge como una visión superadora del positivismo científico que tuvo origen en el siglo XVIII, y que entre sus muchas consecuencias tuvo la de una separación de las ciencias en compartimientos estancos o “ciencias autónomas” provocada por los grandes descubrimientos científicos. Ello llevó a una desintegración del saber, propia de la Edad Media y el Renacimiento. Por supuesto, la economía no fue ajena a esa desintegración y así se separó de la política. Afortunadamente, en las últimas décadas se ha producido un renacimiento en el campo de la economía política representada, fundamentalmente, por la llamada “economía institucionalista”. Ello ha constituido un fructífero punto de encuentro, no solo entre economistas y politólogos, sino que ha incluido también a juristas, sociólogos y otros estudiosos de las ciencias sociales.⁶ A continuación, y solo a efectos de facilitar la comprensión de lo que aquí decimos, exponemos sintéticamente las principales de estas ideas.

3 Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, 3 ed., Madrid, Comares, 1999, Prelección.

4 Baste con mencionar la que ya se ha convertido en un clásico: RICHARD POSNER, *Analysis Economic of Law*, 9 ed., Chicago, University of Chicago, 2014.

5 ARIÑO, *Principios de derecho público económico*, ob. cit., p. XLII.

6 La denominación “ciencias jurídicas”, en relación con el mundo de la justicia y el derecho, y su clasificación como “ciencia social”, está utilizada aquí en forma genérica, al solo efecto de simplificación de la exposición pero, como toda simplificación, carece de los matices y las distinciones necesarias que serán motivo, espero, de un futuro trabajo de investigación titulado con un interrogante: ¿Es el derecho una ciencia social?

1. LAS DOCTRINAS ECONÓMICAS

1.1. El keynesianismo

Una de las más relevantes doctrinas económicas por sus efectos en la relación Estado-sociedad ha sido el “keynesianismo” (nombre derivado de su autor, John Maynard Keynes). El keynesianismo surge como la pretensión de aplicar un criterio racional a la organización social, como una especie de “ingeniería social”, frente a la libertad de las fuerzas del mercado que hasta entonces regían a la sociedad. En esta etapa, al Estado solo le cabía una función de “policía” (administraba justicia, velaba por la seguridad de los ciudadanos y prestaba servicios sanitarios mínimos). Frente a ello, el pensamiento keynesiano pretendió racionalizar las fuerzas del mercado para asegurar el pleno empleo y el crecimiento, afectado gravemente después de la Gran Depresión económica de 1929. Esa ingeniería económica comprendía sistemas como el Estado de Bienestar, la planificación central o las políticas de ingresos. Keynes cambió su pesimismo de corto plazo con respecto al capitalismo por un optimismo de largo plazo derivado de la “socialización de la inversión”. Esta debía consistir en el desarrollo de las instituciones que complementarían al mercado para compensar los grandes desequilibrios y controlar la incertidumbre.

1.2. El estructuralismo

Dada su desconfianza natural hacia los mecanismos del mercado como consecuencia, especialmente, de las guerras mundiales y la Gran Depresión, esta doctrina concebía al Estado como agente principal de la modernización tanto en el ámbito productivo como en el social e institucional. Dentro de esta estrategia, además de la administración presupuestaria y las políticas de remuneraciones, la otra herramienta fundamental fueron las empresas públicas, que debían convertirse en los motores de la inversión y el cambio de las estructuras de producción, a través del desarrollo de actividades intermedias básicas o de fuertes externalidades (positivas). El fracaso del estructuralismo parece ponerse de manifiesto en la década de los ochenta, especialmente entre las economías latinoamericanas, que fueron quienes en su mayor parte adoptaron las recomendaciones de esta corriente de pensamiento económico (al punto que se la conoció como la “década pérdida”), cuando la mayor interdependencia comercial y financiera entre los países acarreó una pérdida de autonomía en el manejo de las políticas económicas nacionales. Todo ello puso en cuestionamiento también la teoría keynesiana y su modelo de “economía cerrada”.

1.3. La nueva macroeconomía clásica

En respuesta a la crisis del keynesianismo se comenzó a desarrollar (especialmente después de la crisis petrolera de 1973) una “economía de oferta” de contenidos diferentes a los del estructuralismo basada, fundamentalmente, en el repliegue del Estado y la liberalización de los mercados con políticas económicas muy restrictivas y sin pretensiones anticíclicas. Junto con la desvalorización del rol del Estado en la economía se perdió el interés en las políticas de largo plazo, bajo el supuesto de que un ambiente de estabilidad macroeconómica y de incentivos a la inversión privada sería suficiente para acelerar el crecimiento.

Con la inflación proliferaron los mecanismos de reajuste de los ingresos y de anticipación a los aumentos de precios.

Los “nuevos clásicos” del pensamiento económico elaboraron la Teoría de las expectativas racionales, según la cual los agentes económicos están informados para procesar correctamente las señales de los mercados y anticiparse a las intenciones de las autoridades económicas, a fin de neutralizar las políticas. Se supone que, en general, los agentes económicos, además de tener la información necesaria para conocer las tendencias de los mercados en los cuales operan, tienen una interpretación correcta de la estructura de funcionamiento de esos mercados y estos son suficientemente flexibles.

1.4. La teoría del interés público o “funcionalista”

Una primera aproximación a la regulación, asociada con el crecimiento de esta actividad en Estados Unidos desde fines del siglo XIX (la llamada “era del progreso”) es la otorgada por la Teoría del interés público o “análisis funcionalista”. Esta teoría sostiene que el Estado actúa a favor del “interés público” para contrapesar las imperfecciones del mercado. Bajo esta concepción, los funcionarios públicos traducen las preferencias públicas en regulaciones legales, y las legislaturas elegidas dirigen a tales funcionarios hacia la persecución del bien público. Aquellos, presionados por la regulación, actuarían como agentes por el interés público.

Desde una óptica más general, la teoría funcionalista o del interés público ha sido criticada sobre la base de que la regulación suele fallar en la elección del interés público. Para algunos, esta observación indica que debemos aprender de estas fallas y diseñar mejores instituciones regulatorias. Para otros, esto sugiere que los proyectos regulatorios están ya caducos y deben ser reemplazados por políticas de desregulación. Entre estos críticos de la Teoría del interés público se propone una visión diferente de la regulación basada en los grupos de interés.

1.5. La Teoría de los grupos de interés, los grupos de acción colectiva o grupos de presión

Una variante menos extrema que la Teoría de las expectativas racionales es la de los grupos de acción colectiva o grupos de presión. Esta teoría sostiene que las políticas públicas tienden a reflejar los intereses de los grupos organizados. La influencia que estos grupos pueden ejercer sobre las autoridades les reporta beneficios o rentas, que deben ser pagadas por la sociedad en su conjunto. El ejemplo clásico es la organización de intereses industriales que demandan protección arancelaria.⁷ La generalización de este concepto dio origen a la Teoría de la sociedad rentista.⁸

7 Anne O. KRUEGER, “The political economy of the rent-seeking society”, en *The American Economic Review* 64 (3) (1974), pp. 291-303.

8 Mancur OLSON, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Massachusetts, Harvard University Press, 2002.

Los teóricos de los “grupos de interés ven la regulación como el producto de relaciones entre diferentes grupos y entre estos y el Estado. En vez de concebir a la regulación como un reflejo del “espíritu público”, de la élite de un Estado hegeliano, estos teóricos se sitúan desde un pluralismo abierto en finalidades hasta llegar al corporativismo. Los pluralistas ven grupos competitivos en pelea por el poder en las elecciones y como ganadores por coaliciones de grupos que usan dicho poder para ajustar a su medida los regímenes regulatorios. Del otro lado, los corporativistas ven grupos vencedores en sociedad con el Estado y en la producción de estructuras regulatorias que excluyen a quienes no participan de sus intereses.

Un ejemplo de esta teoría puede ser la presión por parte de los grandes productores de pan por bloquear la aprobación de una ley de Nueva York (1905) que limitaba el número de horas que los panaderos podían trabajar por semana. Originalmente, esta norma fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Estados Unidos, pero lo que ahora nos interesa destacar es que, desde el punto de vista de los intereses económicos (“grupos de interés”), la ley fue el producto de la presión ejercida por una combinación de los grandes panaderos de Nueva York por el temor a la competencia que provocaría la entrada de inmigrantes preparados y dispuestos a trabajar cuantas horas hicieran falta. Es de destacar también que, actualmente, desde comienzos del siglo XXI, los individuos y las minorías no cuentan con la ayuda de la Suprema Corte si desean combatir normas regulatorias.

1.6. La Teoría de la elección pública (*Public Choice*)

Una tercera aproximación a la regulación, basada en la teoría microeconómica y que incluye las perspectivas ya mencionadas, es la Teoría de la elección pública. Esta teoría sostiene que los políticos tratan de maximizar las posibilidades de ser elegidos, es decir, son maximizadores de votos; de este modo, niega la posibilidad de una racionalidad colectiva. Solo hay intereses privados, por lo que los agentes del Estado, cuando actúan racionalmente, lo hacen en beneficio propio y generan el “rentismo” (*rent seeking*). Esta crisis reveló una pérdida de confianza en la razón aplicada a la ingeniería social keynesiana, y también a la institucionalidad prevaleciente. Se plantean dudas frente a la supuesta capacidad de los administradores del Estado para el control de las fuerzas económicas. No se trata de una desconfianza en la capacidad individual de los conductores estatales, sino más bien de un problema sistémico. La pregunta que se plantea es si el sistema económico-social puede ser conducido por el Estado hacia el progreso económico, frente a la alternativa de que los agentes económicos actúen libremente de acuerdo con su propia racionalidad.

Todas estas aproximaciones ven el origen y desarrollo de la regulación como conducida por la búsqueda del propio interés racional por quienes intervienen en la política y persiguen sus preferencias en un modo afín a la actividad del mercado. Así, el núcleo de esta visión está centrado en la actividad individual de los actores más que en la actividad de los grupos. Desde esta perspectiva, el interés público

juega un rol menor en la construcción de los regímenes o sistemas regulatorios. La regulación viene a ser un *commodity* “comprado” en el mercado por aquel que tenga mayor poder económico. La actividad política, desde este particular punto de vista, no es más que una actividad racional en búsqueda del propio interés. Esta visión fue la que gobernó en los años setenta y ochenta tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido, y puede sintetizarse en la expresión: “Gobierno por el mercado”.

Esta concepción de la regulación como producto espontáneo del mercado ha sido también cuestionada desde distintos ángulos, entre ellos, el de no poder explicar de dónde vienen las preferencias en el “mercado” (tomadas como dadas en la teoría económica convencional; por qué son diversas; cuánto varían y por qué cambian. Las partes, además, pueden carecer de determinadas preferencias sobre cuestiones políticas o regulatorias. Pueden conducirse de modo altruista respecto a importantes cuestiones y podrían orientarse en diferentes caminos en otras de acuerdo al rol que adopten (por ejemplo: como compradores, como vendedores, como profesionales, etc..).

Por otro lado, la deficiencia en la información (“información asimétrica”) puede impedir a los reguladores o burócratas actuar de un modo racional, a fin de servir a sus propios intereses. El proceso de los “intereses de grupo” podría afectar la regulación de un modo incontrolable por las preferencias privadas, y las burocracias regulatorias pueden perdurar más allá de la vida de sus componentes. Además, uno de los mayores desafíos que enfrenta la teoría de la regulación es precisamente que la experiencia de la desregulación parece confundir las predicciones teóricas. Ante este desafío, Sam Peltzman⁹ ha intentado rehacer la teoría económica de modo de acomodar las dos cosas: la extensión de la regulación “de intereses particulares” y la desregulación. En este sentido, este autor ha notado que la teoría económica, si bien parece explicar satisfactoriamente el proceso desregulatorio de los años setenta y ochenta, falla, entre otras cosas, en su respuesta respecto del diseño de sus instituciones y su adaptabilidad.

1.7. La Teoría de la agencia

Las deficiencias en la Teoría de la elección pública antes señaladas parecen haber sido receptadas por la llamada Teoría de la agencia. Esta teoría nuevamente se asienta en instrumentos económicos, incluidos los análisis de la información, para explorar los mecanismos por los cuales las preferencias de los votantes son traducidas a través del proceso político en “políticas públicas”. La ideología de los legisladores es, en tales casos, tomada en cuenta con miras a las prácticas de los votantes, y la cuestión central es el control y las relaciones de agencia (agente-dependiente).

9 Sam Peltzman, profesor en Booth School of Business, Universidad de Chicago. Es editor de la revista *Journal of Law & Economics*, y fue editor de la revista *Política económica*. Más detalles del autor pueden encontrarse en la web a través de Wikipedia, donde aparece una enumeración de sus publicaciones.

El tema más importante de esta teoría es que los sistemas democráticos convencionales y sus procedimientos permiten solo un limitado control sobre los actores y agentes: los votantes tienen problemas en controlar las legislaturas, los legisladores tienen dificultades en controlar las entidades gubernamentales (oficinas del Gobierno, entes reguladores o administraciones independientes), y dificultades similares se extienden a lo largo de todos los niveles de Gobierno. La cuestión radica, entonces, en el costo y la dificultad de las partes controlantes para obtener información de una calidad adecuada para un efectivo control sobre las partes controladas.

Algunos autores han planteado variantes a la Teoría de la agencia hasta convertirse en auténticas burocracias, al punto de que continúan su crecimiento aun cuando sus objetivos ya han sido satisfechos. Así, MacDonagh pone por ejemplo la Ley de Pasajeros inglesa entre 1800 y 1860 como muestra del crecimiento regulatorio en el siglo XIX, la cual refleja un proceso independiente por el cual los procesos administrativos tienden a crecer hasta convertirse en burocracias. Otros, en cambio, hacen hincapié en el rol de las instituciones o de los sistemas, y explican los cambios producidos en los arreglos gubernamentales. A estos los denominaremos “institucionalistas”. Para ellos lo que se debe cuestionar, más que los intereses de los actores, son las nociones convencionales de la “captura regulatoria” y actores de la regulación como una contienda entre autoridades públicas e intereses privados.

1.8. La Teoría institucionalista

La regulación, según los “institucionalistas”, implica una inevitable mezcla de características públicas y privadas y, consecuentemente, es más provechoso intentar comprender las complejas y cambiantes relaciones entre y dentro de las organizaciones que se encuentran en el “corazón” de la regulación; entender el camino en el cual diferentes instituciones vienen a cohabitar en un “espacio regulatorio compartido” caracterizado por una serie de cuestiones regulatorias sujetas a decisión pública.

El marco institucional es un conjunto compuesto de reglas, restricciones informales (normas de comportamiento y convenciones) y sus características en términos de cumplimiento (*enforcement*). Todos estos elementos juntos determinan la interacción humana. Son las “reglas de juego” básicas que los actores deben conocer *ex ante*. Las organizaciones que surgirán de dichas reglas reflejarán las oportunidades disponibles de los “jugadores” o los “*entrepreneurs* políticos” (emprendedores empresarios, políticos o económicos). Si las restricciones resultaran en que los mayores retornos se encuentran, por ejemplo, en la actividad criminal (para los políticos y economistas), en el sabotaje (para las firmas), o en la distribución de permisos monopólicos (para los reguladores), entonces podemos esperar que estas organizaciones se adapten para maximizar esos márgenes. Por el contrario, si los beneficios vienen de las actividades que aumentan la productividad, entonces es de esperar el crecimiento económico.¹⁰

10 En este trabajo, sin embargo, con un sentido más jurídico que económico y a su finalidad, el término institución al que nos referimos se corresponde con el sentido que usaban los romanos, esto

1.9. La “nueva economía política”

La llamada “nueva economía política” puede hacer aportes valiosos a las precedentes teorías. Ello por cuanto esta nueva corriente de pensamiento tiene como característica esencial, a diferencia de lo que a partir de la década de los noventa se ha dado en llamar “nueva economía” (basada en la revalorización de las empresas tecnológicas y de telecomunicaciones), su interdisciplinariedad, cuestión que le ha permitido enfocar el estudio de la intervención del Estado en la economía, no solo desde una perspectiva económica, como hemos visto que han hecho las teorías del interés público, de la elección pública, de los Grupos de Interés y sus variantes, sino desde una visión más amplia. Esto es, incluyendo la visión de otras ciencias como la psicología, la sociología y, fundamentalmente, la ciencia política.

La creación de instituciones que provean bajos costos de transacción en los mercados económicos es la clave de la creación de economías productivas. La dificultad de los mercados políticos radica en que es muy difícil medir lo que se intercambia. Es decir, es muy difícil definir en términos claros y precisos los bienes (y servicios) en juego. En muchos casos, quizás esta tarea sea imposible. Los acuerdos se materializan en leyes, regulaciones, decretos del ejecutivo, etc. Otra dificultad adicional, y que hemos adelantado al mencionar los “modelos subjetivos” que los actores hacen de su entorno, es la “ideología”. Una ideología es una explicación abarcadora o totalizadora del mundo y su realidad circundante. En este sentido, la estructura organizada actúa como “aglutinante” al identificar y promulgar una causa común, y ello puede contribuir a reducir los costos de transacción.

Un marco de costos de transacción para el estudio de la política se debe construir, entonces, sobre dos ingredientes: los modelos subjetivos de los actores y los costos de transacción que surgen de las instituciones políticas específicas que subyacen al intercambio político en diferentes formas de Gobierno. El primer elemento influye necesariamente sobre el segundo. La importancia del análisis del marco institucional de los sistemas políticos, a diferencia del estrictamente “económico” que hacía la teoría “neoclásica”, es que dicho análisis permite determinar la evolución de tales sistemas. Para ser más claros: el marco institucional de la política (y la economía) se caracteriza por retornos crecientes, de forma tal que el cambio incremental está fuertemente sesgado a favor de políticas consistentes con el marco institucional básico. Esto es lo que se conoce como Teoría de la interdependencia o *path dependence*.

es, como los pilares o fundamentos sobre los que se construía la República. En este sentido concordamos con Francisco Javier Andrés Santos, y tantos otros estudiosos de la historia del derecho en general y el romano en particular, cuando afirman que el equilibrio de poderes, la ausencia de un poder hegemónico y continuado que recayese sobre una sola persona, la participación activa de todos los hombres libres en las cuestiones de Estado y la importancia del Senado (“El Senado era el auténtico órgano de gobierno de la República romana; [...] garantizaba la coherencia y la estabilidad necesaria para la supervivencia tanto exterior como interior de la República”) permitieron construir un sistema político sólido que logró imponerse, a pesar de las penalidades y los peligros, a sus vecinos y expandirse por las costas mediterráneas. Así, no parece haber mayor discusión en que el Estado (incluidas sus potestades, procedimientos y control) se erige en la principal institución de la República.

1.10. La teoría del compromiso creíble

Kenneth Shepsle sostiene que tanto los individuos como las sociedades pueden obtener mayores ventajas en la medida en que sean capaces de establecer compromisos de cumplimiento obligatorio para sí mismos (*self enforcing*). La posibilidad de comprometerse a llevar a cabo un determinado curso de acción constituye un factor esencial para que los intercambios sean mutuamente beneficiosos. Si bien en algunos casos *la cooperación y coordinación* pueden surgir espontáneamente de la acción descentralizada, en muchos otros solo podrán ser alcanzadas en el marco de ciertas instituciones sociales. Los mecanismos institucionales para escapar de estos círculos viciosos constituyen, como hemos dicho, uno de los temas centrales de la nueva economía política. Los mecanismos institucionales, para ser óptimos, requieren de cinco elementos básicos: coordinación, imposición, eficiencia, justicia y compromiso (*commitment*).

El compromiso es un elemento esencial en el tema que venimos desarrollando. Shepsle cita una frase de J. Elster: “La discreción es enemiga de la optimalidad y el compromiso su aliado”. Con esto quiere decir que la habilidad para comprometerse, usualmente (no siempre) extiende nuestro conjunto de posibilidades; mientras que la capacidad de discreción –que incluye la libertad para renegar o para comportarse de manera oportunista–, lo reduce.

La existencia de una autoridad discrecional, que hace que el compromiso no sea “creíble”, genera, como es de suponer, serios problemas para un regulador (o cualquier agente del mercado que tenga que tomar decisiones) ya que no puede negar que vaya a optimizar consistentemente sus actuaciones según las circunstancias de cada momento, aun cuando estaría mejor si pudiera negarlo. Esta es la situación que los economistas, en la denominada teoría de los juegos, reconocen como “equilibrio de Nash”, o “equilibrio ineficiente” o “dilema del prisionero” donde los “jugadores” (agentes del mercado) estarían todos mejor si pudieran privarse ellos mismos de la discreción para jugar sus estrategias óptimas respectivas, pero no tienen un “modo creíble” de comprometerse más que actuando de tal forma que optimicen al máximo sus intereses (cada uno de ellos desconoce la decisión que tomará el otro). He aquí, según creemos, la paradoja del ejercicio de la discrecionalidad.

Ante la ausencia de credibilidad un plan óptimo puede ser inconsistente, es decir, incompatible con la maximización de su eficiencia periodo por periodo, según las circunstancias del momento y, por lo tanto, poco real para tomar las decisiones. En cambio, un plan consistente, puede ser subóptimo.

Para resolver este dilema, Scheeling examinó la táctica de negociación de atarse a sí mismo (precompromiso) e impedir cualquier discreción que uno pudiera tener en el futuro. De este modo, afirma el autor: la coerción externa puede ser un sustituto del compromiso. Por ejemplo, si los supermercados aprecian la deci-

sión del Gobierno de prohibir abrir determinados días, es porque ello impide a los competidores que abran ese día.¹¹

La conclusión a la que llega el autor –y que compartimos– es que no debemos apresurarnos a admirar el compromiso y condenar la discreción.

2. DISCRECIONALIDAD, COMPROMISO PÚBLICO E INSTITUCIONALIDAD

2.1. La discrecionalidad

En realidad, muchos de los compromisos sociales que los gobiernos y los reguladores deben enfrentar a diario se presentan ante situaciones como las descritas. Los clubes, las organizaciones sociales y empresariales, y las legislaturas, por ejemplo, se comprometen a sí mismos de manera creíble a determinadas reglas y hacen “difícil” –pero no imposible– su modificación (por ejemplo, requiriendo mayorías calificadas para adoptar determinadas decisiones). Este tipo de mecanismos, según creemos, puede adoptarse también en el seno del poder judicial. Es decir, mediante la “autorrestricción”. La ventaja de la “autorrestricción” es asegurar el comportamiento presente motivado por las expectativas futuras.¹² En el caso de una institución del Estado, como el poder judicial, esta “autorrestricción” se traduce en una mayor “deferencia” hacia las decisiones discrecionales del poder ejecutivo, o, en otros términos, dentro de su margen de libre apreciación.

Las instituciones ofrecen la posibilidad de permitir que varios agentes hagan compromisos creíbles. Por ejemplo, a través de claros derechos de propiedad (bien definidos y ejecutables), pero también –y he aquí lo que queremos resaltar– otorgando cierto poder discrecional a las autoridades para que, ante casos imprevistos, puedan actuar de manera óptima.

El problema de “cuánta discrecionalidad habrá que otorgar es una cuestión de prudencia política.¹³ Ahora bien, para que esta discrecionalidad no tenga efectos contra-

11 En el ejemplo podemos ver cómo la coerción exógena, al impedir la discrecionalidad (la libertad de abrir o no en determinados días), provee una fuente de credibilidad de modo imperativo. No obstante, la credibilidad imperativa tiene, entre otros, los siguientes problemas: su *verificación y la simetría*. El primero de ellos quizá no es fácil de ver en nuestro ejemplo de los supermercados (pues no parece difícil controlar su apertura) pero tal vez se vea más claro en el ejemplo que nos propone Sheeling: en el Congreso de Estados Unidos, la regla básica es que un legislador puede desviarse de la posición de su partido si el tema que está tratando “es un tema de conciencia o que afecta directamente a los miembros de su distrito electoral”. Esto último es fácil de verificar, lo primero (el tema de conciencia) en cambio, no lo parece tanto, sobre todo si el tema o el legislador es nuevo.

12 Como una determinada inversión, por ejemplo, o, en caso de una inundación o catástrofe natural, el Gobierno está irrevocablemente comprometido (por restricciones presupuestarias, por ejemplo) a no proveer en el futuro ninguna protección frente a las inundaciones, entonces no se construirá en un terreno inundable. La desventaja, por otro lado, es que a pesar de que las expectativas sean racionales, pueden asimismo ser equivocadas, incompletas o vulnerables ante sucesos futuros o inesperados (lo que requiere cierto poder discrecional).

13 Sobre el concepto de prudencia política nos remitimos a la obra de Santo Tomás DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II qq. 47-56.

rios a los que se pretenden, esto es, la previsibilidad de las conductas y la eficiencia del sistema, deberá ser “limitada” (o proporcionada), y para ello requiere estar controlada. He aquí, entonces, el dilema que se plantea al poder judicial, institución fundamental de la república, encargada de controlar la actividad de la administración pública: cómo hacer para que ese control no interfiera en la legítima y necesaria labor de prudencia política que corresponde a la administración pública que, tal y como veremos más adelante, se torna cada vez más necesaria a la vez que compleja.

Llegados hasta aquí debo advertir que acerca de la discrecionalidad administrativa no abundaremos en el presente artículo dada la centenaria y abundante doctrina sobre la materia.¹⁴ Solo pretendemos advertir la necesidad de revisar los criterios jurisprudenciales hasta ahora desarrollados sobre el particular, dada la evolución del Estado social de derecho en la actualidad, a fin de dar un panorama sobre el estado actual de la cuestión,¹⁵ el cual sintética y esquemáticamente exponemos a continuación.

Dentro de la doctrina española se entiende que la discrecionalidad administrativa no es plena y solo es aplicable a algunos elementos de la potestad administrativa, y aún así está sujeta a un control judicial. De esta manera podríamos hablar, en calificación que hacemos propia, de un “control estricto”. La doctrina francesa ha ido desde considerar que la discrecionalidad solo es aplicable a actos de pura administración sin control judicial, hasta sostener que no hay actos discrecionales sino cierto poder discrecional, y solo puede juzgarse la oportunidad de la medida adoptada; el Consejo de Estado ha desarrollado técnicas de limitación de la discrecionalidad. En Alemania se distinguía la discrecionalidad libre y la sometida. Actualmente, el “margen de libre apreciación” concreta los conceptos jurídicos indeterminados. La doctrina argentina sostiene que no puede existir la “nomocracia” que reduzca la aplicación autónoma de la norma; debe existir, eso sí, “una habilitación normativa que implica una remisión legal que da la opción de elegir dentro de los límites formales establecidos”. En Chile, la discrecionalidad administrativa no ha deparado mayores problemas dada la existencia del recurso de amparo y de protección; sin embargo, el uso abusivo de este último no deja de deparar serios problemas al buen actuar de la administración pública como al propio Poder Judicial, si atendemos a la cantidad y calidad de recursos interpuestos.¹⁶

14 Baste con citar un ya clásico en la materia como es el libro del español Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994. Más acá en el tiempo, y en referencia a la actividad económica: César David CIRIANO VELA, *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Madrid, Lex Nova, 2000. Para el caso chileno, por un orden de precedencia, debemos recordar la obra de Pedro PIERRY ARRAU, “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de ciencias jurídicas de Valparaíso* 2 (1971), www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/121/112, y más próximos en el tiempo, resulta muy elocuente el análisis conceptual y jurisprudencial efectuado con Pablo ALARCÓN JAÑA, *Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 2000, con excelente prólogo del profesor Eduardo Soto Kloss (y que tomaremos como referencia en este artículo), así como la tesis para optar al grado de Magister en Derecho Público, de Lionel GUZMÁN SUÁREZ, “El control de la discrecionalidad administrativa en Chile”, Santiago, 2001, publicado por la Universidad de Chile, en [//repositorio.uchile.cl/](http://repositorio.uchile.cl/).

15 Para esta síntesis panorámica nos hemos basado en ALARCÓN JAÑA, *ob. cit.*, nota 10.

16 Según datos brindados por el Poder Judicial, durante el año 2015 se interpusieron 186.000 acciones de protección, de las cuales fueron admitidas 106.500 aproximadamente. No obstante estos

Los criterios antes expuestos se muestran hoy insuficientes o, el menos, requieren de un replanteo. En efecto, actualmente hay una demanda social que exige un obrar cada vez mayor del órgano ejecutivo motivada, en su mayoría, por los llamados derechos sociales o derechos de tercera (y cuarta) generación.¹⁷ Simultáneamente se impone –y también se demanda– un control judicial cada vez mayor a este obrar como medio de limitación a eventuales abusos de poder o actuaciones arbitrarias. Ante tal estado de cosas, la pregunta necesaria es la siguiente: ¿Cómo combinamos la celeridad y eficiencia que se exige al órgano ejecutivo con el control judicial estricto sobre su obrar? ¿Cómo lograr un equilibrio para que el ejecutivo obre y no se desborde? ¿Cómo logramos que el control judicial no obstaculice el accionar administrativo? En suma, existe una tensión entre el ejecutivo y el judicial, que se advierte en las múltiples acciones que se interponen y el desborde que padecen los tribunales de justicia. Dicha tensión impacta en la estabilidad del Estado de derecho y en el principio de separación de funciones del poder.

Sentado lo anterior, y a fin de armonizar las teorías económicas con las jurídicas, hemos de decir que, desde la segunda mitad del siglo XX, aquellas han tenido una influencia decisiva en el modo de concebir al Estado en su relación con la sociedad, y han relegado el rol que al derecho le corresponde como rector del orden social. Más concretamente, el rol que corresponde al derecho administrativo como encargado de la administración del Estado y del bien común, y las consecuentes y necesarias discreciones o de “libre arbitrio”.¹⁸ Así, a medida que dicha discrecionalidad se ha hecho cada vez más necesaria para atender a las ingentes demandas sociales y la inclusión, dentro de la mayoría de los textos constitucionales, de los llamados “derechos sociales”, el control judicial sobre la administración pública se ha vuelto cada vez más estricto.

En este sentido, nuestra tesis es que los criterios que hasta el día de hoy viene usando la jurisprudencia que, en líneas generales, podemos definir como un control estricto (doctrina española) de la actividad discrecional de la administración, debe tornar hacia una mayor “deferencia” del poder judicial sobre la actividad de las acciones de la administración pública para resolver situaciones sociales imprevisibles (intertemporales), resoluciones estas que no deberían provenir, por su naturaleza, función y estructura, del poder judicial, y que encuentran su correlato en lo que en la terminología del análisis económico se denomina como “consistencia”

números absolutos, lo que nos interesa destacar a fin del presente manuscrito es que más de la mitad de los recursos que llegan a las cortes de apelaciones, se deben a acciones de protección.

- 17 En palabras de Elías Estrada López diremos que: “Los derechos de tercera generación suponen una mayor participación por parte del Gobierno para lograr que efectivamente sean respetados, en muchos de los casos implican una intervención positiva a diferencia de los de primera generación, que generalmente exigen del Gobierno una abstención, es decir que se limite a respetarlos” (“Derechos Humanos de Tercera Generación”, en *Revista Podium Notarial* [2012]). Sobre una visión crítica de esta denominación recomendamos ver Enrique PÉREZ LUÑO, *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- 18 Recuérdese en este punto la “teoría del compromiso creíble” (Kenneth Shepsle) y la apreciación de Sheeling. Los comportamientos “óptimos” (los actores se comprometen y cumplen lo acordado sujetando su obrar a reglas previamente establecidas) no siempre son “consistentes” (garantía de los resultados que requieren libertad de actuación ante situaciones no previstas).

de un programa o plan, que asegura sus buenos resultados aún a costa de ciertos “compromisos” previamente asumidos. Así, y como señalamos más arriba, no cabe “condenar” *per se* la discrecionalidad, o afirmar en forma “dogmática” que la discrecionalidad de la administración pública (siempre en el marco de lo que la ley permite) debe ser controlada o limitada al máximo por cuanto esta es necesaria para adaptar los comportamientos (compromisos *ex ante*,) a los hechos o circunstancias. Solo así, entendemos, se podrán alcanzar democracias más estables, o, según la terminología al uso, una mayor “gobernanza”, cuestión esta que, en atención a las crecientes demandas sociales, requiere cada vez más de un mayor ejercicio de la virtud de la prudencia, no solo por parte del poder ejecutivo, sino también del judicial.

3. CONCLUSIONES

La llamada “nueva economía política” ha realizado un importante aporte al campo de los estudios sociales en general, y a las ciencias políticas y al derecho en particular, al hacer un análisis más amplio y más comprensivo del comportamiento de la administración pública a partir de instrumentos de la ciencia económica como los costos de transacción, la elección racional y la teoría de los juegos. Su conclusión parece ser clara: las instituciones juegan un rol fundamental en el proceso de toma de decisiones y afectan inevitablemente a estas por lo que su estudio no debería ser omitido.

Las teorías económicas que aquí hemos mencionado han tenido una influencia decisiva en el modo de concebir al Estado en su relación con la sociedad; sin embargo, las ciencias jurídicas no parecen haber acompañado tal desarrollo. En consecuencia, se torna necesario un replanteo del derecho como rector del orden social. Más específicamente, del derecho administrativo, cuyo objeto propio de estudio es la relación Estado-individuo y, dentro de este, el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración y su control. En este sentido, el principio de “autorrestricción” al que alude la teoría (económica) institucionalista se traduce, en el ámbito del poder judicial –institución fundamental del Estado de derecho– en lo que la doctrina jurídica constitucional ha dado en llamar el principio de “deferencia”.¹⁹

Dicho lo anterior, justo es reconocer que desde el nacimiento de las cartas constitucionales la lucha por controlar el poder ha sido, y continúa siendo, el denomi-

19 Así, en la medida que las leyes ordinarias sean dotadas de contenido por las normas constitucionales, el nivel de control sobre las decisiones del legislador, en primer lugar, y de la Administración a quien compete su reglamentación y aplicación es mayor que el que normalmente existe cuando se apela a principios de derecho común como la buena fe, el orden público y las buenas costumbres. Y ello por cuanto si bien los principios constitucionales pueden ser determinados con cierto grado de discrecionalidad por parte del juez –dado su carácter de mandatos de optimización en términos de Alexy–, el constituyente los ha dotado de algunos contornos establecidos en la propia Constitución. En suma, este tipo de irradiación a través de las cláusulas abiertas e indeterminadas del orden subconstitucional no solo resulta consecuente con una deferencia al legislador democrático, sino que incluso puede significar un mayor nivel de control de los jueces sobre las decisiones del Poder Ejecutivo.

nador común en las democracias modernas, pero se ha tornado más difícil aún con el advenimiento del llamado Estado de Bienestar que, con un sentido más jurídico y preciso, José María Rodríguez de Santiago ha denominado Estado social,²⁰ caracterizado por su activismo en materia económica y social, lo que ha llevado en no pocas ocasiones a olvidar el principio de subsidiariedad, el cual ha sido el principio fundamental del accionar del Estado desde que el mismo fuera acuñado por el papa León XIII en su encíclica *Rerum novarum*.²¹

- 20 Sobre el particular puede consultarse su excelente trabajo de exégesis dogmática titulado: *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

El término de Estado de Bienestar se acuña inicialmente en varios países a finales de los años veinte y principio de los treinta, si bien con distintas expresiones: New Deal en Estados Unidos, Welfare State en Suecia y, posteriormente, con la misma expresión en el Reino Unido. Se generaliza después de la Segunda Guerra Mundial en el mundo occidental. Hay muchas formas de definir el concepto de Estado de Bienestar, todas ellas aproximadas a denominar las políticas sociales emergentes que tienen como objetivo proteger al trabajador de las incertidumbres del mercado (paro, enfermedad, pobreza, ignorancia). El Estado de Bienestar alude a una determinada concepción del Estado según la cual este debe ser el garante (el que garantice) ciertas “necesidades” de los ciudadanos consideradas básicas, así como el regulador de actividades privadas de individuos o empresas (actividades económicas). Entre las definiciones más acertadas del concepto Estado de Bienestar podemos encontrar: Estado del Bienestar es un concepto de las ciencias políticas y económicas con el que se designa a una propuesta política o modelo general del Estado y de la organización social, según la cual el Estado provee ciertos servicios o garantías sociales a la totalidad de los habitantes de un país. (Wikipedia). Estado de Bienestar como el conjunto de programas de redistribución de la renta y de reproducción social en que se expresa la política social; esta, a través del Estado de Bienestar, no solo se dirigirá a satisfacer las necesidades de la población trabajadora y sus familias, sino al conjunto de la sociedad a través de sus programas universales como la sanidad y las pensiones, cuyo objetivo será la creación de “bienestar social”. Estado de Bienestar como aquel conjunto de instituciones estatales que garantizan una serie de derechos sociales ejercitables por la inmensa mayoría de los ciudadanos –universalismo protector– desarrollados a través de políticas y programas de carácter redistributivo con base en la solidaridad intergeneracional y apoyados en la idea básica de “ciudadano trabajador”, que es sujeto de derechos sociales, y, residualmente, como “ciudadano necesitado”. Pierre Rosanvallón identifica el Estado de Bienestar, lo que él denomina Estado providencia, como una extensión del Estado protector moderno clásico, identificando los cimientos del Estado del Bienestar con el surgimiento del Estado moderno del siglo XVIII; ahora bien, en Rosanvallón la construcción del Estado providencia no es solo una cuestión de la naturaleza del Estado sino que implica un cambio de la sociedad en la percepción de sí misma. La sociedad deja de verse como un cuerpo para concebirse como mercado. Holloway y Hobsbawm, haciendo hincapié sobre diferentes dimensiones del Estado de Bienestar, tienden a identificarlo con las políticas económicas keynesianas instauradas desde la posguerra. Ambos coinciden en percibir en el keynesianismo un replanteo en la relación Estado y mercado, a partir del cual la mayor intervención del aparato estatal en el estímulo de la demanda y la inversión actuará como mitigadora de las crisis depresivas del ciclo capitalista.

- 21 Los estudiosos de esta materia parecen coincidir en que si bien la noción de este principio estaba ya presente en el magisterio social de León XIII al tratar en la encíclica *Rerum novarum* (n. 23) de las relaciones entre el Estado, los individuos y las sociedades inferiores (familia, sociedades “privadas”, etc.), la formulación explícita del “principio de subsidiariedad” (*subsidiarii officii principium*) ingresó en la doctrina social de la Iglesia con la publicación, el 1 de mayo de 1931, de la encíclica *Quadragesimo anno* de Pío XI. El romano pontífice, al hablar de la reforma de las instituciones, aplica la doctrina de la subsidiariedad al tema de las relaciones entre los individuos, las sociedades inferiores y la sociedad mayor (el Estado). Entre estos debe establecerse un orden de relaciones mutuas que se ajuste al “importantísimo principio en filosofía social” que tiene validez perenne y consiste en que la autoridad suprema del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores los asuntos de menor importancia de que ellas son capaces, y se reserve para sí aquellos que son de su exclusiva competencia y solo él puede llevar a cabo. Cfr. el excelente resumen del profesor Carlos Schickendantz, “El principio de subsidiariedad en la Iglesia. Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica”, en *Revista Teología y Vida* 42 (3) (2001).

No obstante, independientemente de la doctrina filosófica y política que se adopte sobre el Estado y su rol en la sociedad, en la actualidad no parece haber lugar para poner en duda que en todo Estado de derecho la discrecionalidad administrativa no puede encontrarse al margen del control jurisdiccional. De esta manera, la cuestión que queremos plantear en el presente manuscrito es la siguiente: cómo controlar judicialmente la actuación de la Administración sin violar la clásica división de poderes o, dicho con más justeza, división de funciones, y sin que dicho control torne inoperante o subóptimo, en términos de la ciencia económica, el funcionamiento del Estado de Bienestar. En otras palabras, cómo evitar que el control judicial de la actividad administrativa de prestación social torne impracticable, imposible o ineficiente la actuación administrativa en procura del Estado social según la concepción de Estado vigente.

La respuesta al dilema planteado merece ser motivo de futuras investigaciones de orden interdisciplinar entre las ciencias económicas y las jurídicas, que podrán tener importantes implicancias no solo para el orden institucional y la gobernabilidad de las democracias modernas, sino también para la concepción del derecho y la justicia heredada del positivismo jurídico y que tantas tensiones ha producido.²² En particular, con el rol que el poder judicial está llamado desempeñar en la sociedad, y la coordinación de su actuación con la administración pública en su condición de administradora del bien común, la cual se torna, reiteramos, cada vez más necesaria para atender a las ingentes y complejas demandas sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier, *Roma, instituciones e ideologías políticas durante la República y el Imperio*, Madrid, Tecnos, 2015.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, 3 ed., Madrid, Comares, 2016.
- ALARCÓN JAÑA, Pablo Andrés, *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 2000.
- COASE, Ronald, "The problem of social cost", *The Journal of Law & Economics* III (1960), pp. 1-44. En <http://www.jstor.org/stable/724810?origin=JSTOR-pdf>
- DE LA TORRE, Hipólito (coord.), *Historia contemporánea (1914-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.
- ESTRADA LÓPEZ, Elías, "Derechos humanos de tercera generación", *Revista Podium Notarial* (2012). En <https://issuu.com/ultimosensalir/docs/derechos-de-tercera-generacion---elias-estrada>
- JIMENEZ BLANCO, Antonio, *El derecho público del mercado de valores*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1989.

22 Baste citar los ya tristemente célebres Juicios de Núremberg, por la ciudad en la que se llevó a cabo el enjuiciamiento de los jerarcas nazis de la Segunda Guerra Mundial.

- KEYNES, John Maynard, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México -Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1936.
- KRUEGER, Anne O., "The political economy of the rent-seeking society". *The American Economic Review* 64 (3) (1974), pp. 291-303. En <https://www.jstor.org/stable/1808883>
- MAC DONAGH, Oliver Ormond Gerard, *A Pattern of Government Growth: The Passenger Acts and Their Enforcement 1800-1860*, London, MacGibbon & Kee, 1961.
- OLSON, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Massachusetts, Harvard University Press, 2002.
- PELTZMAN, Sam, "Regulation and the natural progress of opulence", en *Economics Affairs* XXX (2) (2010), pp. 33-39. 10.1111/j.1468-0270.2010.02006.x
- PÉREZ LUÑO, Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- POSNER, Richard, *Analysis Economic of Law*, 2 ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- SAIEGH, Sebastián y TOMASSI, Mariano (comps.), *La nueva economía política. Racionalidad e instituciones*, Buenos Aires, Eudeba, 1998
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994.
- SCHICKENDANTZ, Carlos, "El principio de subsidiariedad en la Iglesia. Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica", *Teología y Vida* 42 (3) (2001). En https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0049-34492001000300003
- SCHELLING, Thomas, *The strategy of conflict*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1960.
- TORTELLA, Gabriel, *Los orígenes del siglo XXI. Un ensayo de historia social y económica contemporánea*, Madrid, Gadir Editorial, 2005.