

**EL CONTROL JUDICIAL DEL DERECHO HUMANO
A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN. PROPUESTA DE
BASES TEÓRICAS EN EL CONTEXTO DEL
NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO**

Jorge David AGUILAR ALONZO¹

SUMARIO

I. Introducción. II. Crisis del Estado social. III. Estado de derecho administrativo. Derecho a la buena administración pública. IV. Diversificación y sectorización en la estructura del derecho administrativo. V. El debido proceso administrativo. VI. Trasplante del Estado regulador al sur global. Retos. VII. La abdicación del imperio del derecho por los jueces. VIII. El control judicial del derecho a la buena administración. IX. Experimentalismo democrático. X. Conclusiones. XI. Fuentes de información.

RESUMEN

Derivado de la transformación del derecho administrativo en el marco del derecho regulador y el estado garante, este trabajo busca abordar la siguiente interrogante, ¿cuáles son las principales consecuencias y retos que se plantean para la administración pública, tanto en el plano orgánico como funcional? En esencia, las categorías de Estado regulador y estado garante, ciertamente son conceptos jurídicos indeterminados que deben armonizarse con los distintos conceptos que orbitan en el universo de la teoría del nuevo derecho administrativo, y concebirse como ideas regulativas de un modelo que tienen características propias, y que a la luz de las exigencias

ABSTRACT

Derived from the transformation of administrative law within the framework of regulatory law and the guarantor state, this work seeks to address the following question: what are the main consequences and challenges that arise for public administration, both at the organic and functional levels? In essence, the categories of regulatory state and guarantor state are certainly indeterminate legal concepts that must be harmonized with the different concepts that orbit in the universe of the theory of new administrative law, and conceived as regulatory ideas of a model that have their own characteristics, and that in light of the demands

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, Secretario del Juzgado Segundo de Distrito en Materia Mercantil Federal en el Estado de Baja California, con residencia en Mexicali, correo electrónico: jdaguilaralo@gmail.com.

de un pluralismo democrático en evolución, sumado a los reajustes continuos que sufren los resortes del poder, como por la privatización de bienes primordiales, como la energía eléctrica, y más generalmente, la tutela de derechos humanos, se concluye que los modelos clásicos del derecho administrativo, deben ajustarse al contexto y al ecosistema institucional en que se enraízan, de ahí nace su funcionalidad como vía para la promoción y garantía de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la buena Administración. Control Judicial de la administración pública. Estado regulador. Sur Global. Experimentalismo democrático. Moralidad interna del Derecho.

of an evolving democratic pluralism, added to the continuous rearrangements suffered by the springs of power, such as the privatization of essential goods, such as electricity, and more generally, the protection of human rights, it is concluded that the classic models of administrative law must adjust to the context and the institutional ecosystem in which they are rooted, hence their functionality as a way to promote and guarantee fundamental rights.

KEY WORDS

Right to Good Governance. Judicial Review of public administration. Regulatory State. Global South. Democratic Experimentalism. Internal Morality of Law.

I. INTRODUCCIÓN

La hipótesis central de este trabajo es que cuando los jueces se pregunten que tienen que hacer, buen derecho o razonable política pública, una tercera alternativa es propiciar la generación de un ecosistema institucional, particularmente mecanismos de control de la discrecionalidad administrativa, al tiempo que la jurisdicción, ejerza facultades de forma análoga a un sistema de resolución de controversias de paneles especializados. Básicamente, el juez constitucional debe fungir como un eslabón más de dicho sistema, a fin de que la pretensión de coordinación institucional encuentre sujeción a los estándares de derechos humanos, y asumir su rol dentro del componente de mecanismos de pesos y contrapesos.

El Ministro Gutiérrez Ortiz Mena en voto concurrente del amparo en revisión 635/2019 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dijo que en un caso donde el acto impugnado es una resolución que contiene una negativa de la autoridad responsable, y esta es un órgano constitucional autónomo que cuenta con un amplio margen de apreciación, el acto debe analizarse conforme a un estándar de escrutinio apropiado a la naturaleza constitucional de la autoridad responsable y al tipo de facultades y

de funciones constitucionales de la autoridad responsable. En estos casos, dice el Ministro, se debe concluir que resulta aplicable un estándar de deferencia técnica, controlable por mera razonabilidad (siendo inconstitucional sólo si sus determinaciones técnicas son arbitrarias o irrazonables), de una manera analógica al estándar establecido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el modelo de Estado regulador, conforme a la doctrina construida al resolverse la controversia constitucional 117/2014.

De lo contrario, implícitamente se afirmarían que los jueces constitucionales se pueden sustituir en el órgano técnico, por eso, dijo el Ministro Gutiérrez, la pregunta constitucional no debe ser si es deseable, que el órgano emita la información, sino simplemente determinar si las variables (o alternativas) escogidas por la autoridad son razonables, y aun cuando existen determinadas obligaciones de fuente convencional, sin embargo, debe precisarse que la justiciabilidad de esas obligaciones convencionales debe adaptarse a la naturaleza constitucional de la autoridad responsable. Habida cuenta que conforme a la naturaleza de la autoridad responsable como un órgano constitucional autónomo tiene un amplio margen de apreciación para determinar los medios de cumplimiento de sus obligaciones convencionales, entendiendo que su revisión se hará conforme a un estándar de mera razonabilidad, es decir, el escrutinio de la negativa debió realizarse, en ese caso, considerando los estándares de deferencia técnica aplicables a algunos órganos constitucionales autónomos, cuyas funciones jurídicas se deben realizar conforme a racionalidades especializadas y técnicas.

En este contexto, el propósito de este trabajo es doble, por un lado, reconstruir una historia evolutiva de los cambios que ha sufrido el derecho administrativo, y cómo se ha llegado a lo que hoy se denomina bajo la categoría de “Estado regulador”. Asimismo, se busca exponer cuál es la justificación para rediseñar los alcances del principio de división de poderes, en un sistema normativo que reconoce materias sectoriales como lo es el derecho a un medio ambiente sano, las telecomunicaciones y la radiodifusión, la competencia económica, el sector energético, la alimentación, o los mercados financieros que a su vez son materias de un derecho administrativo altamente globalizado.

De modo que el advenimiento del Estado Administrativo con estas características ha significado que las cortes abandonaran sus pretensiones de injerencia sobre regulaciones de carácter social y económico, dejándolas en manos del aparato administrativo capacitado para el efecto. Sin embargo la hipótesis de este trabajo es que la jurisdicción constitucional no puede abandonar su función tutelar dentro del sistema de pesos y contrapesos, para

lo cual se requiere de una reformulación de la teoría clásica del derecho administrativo, que pueda dar cuenta de las transformaciones, y los aspectos inherentes a los cambios sociales y tecnológicos que enfrenta el ejercicio de la potestad de gestión de políticas públicas, que si bien, obedece a criterios de especialización técnica, pero como se ha dicho, lo cierto es que no se encuentran exentos de límites y de un conjunto de controles que presupone la Constitución como norma jurídica.

Frente a los retos que implica ejercer control dentro del ámbito de la esfera competencial de la autoridad administrativa, es que la Justicia Constitucional debe guiar su actuaciones con las herramientas y metodologías propias del control de constitucionalidad como lo es el estándar de razonabilidad, lo que permite buscar los equilibrios óptimos entre las ramas del estado, pero en particular, conseguir la sujeción de la potestad del aparato administrativo, a las obligaciones de respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos a favor de todas las personas, y en última instancia, permitir que el derecho administrativo responda al número creciente de demandas en un contexto caracterizado por la escasez y los recortes derivados de la crisis económica, social e incluso de seguridad.

II. CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

Los últimos treinta años han sido testigos de cambios importantes en la naturaleza de la soberanía, la contracción del Estado, una creciente dependencia de los acuerdos de mercado para proporcionar servicios sociales y la sutil transformación de los ciudadanos en compradores y clientes. Martin Shapiro señala que la distinción misma entre gobierno y no gubernamental se ha difuminado, ya que el verdadero proceso de toma de decisiones ahora involucra y combina continuamente a actores públicos y privados². Del mismo modo,

² Martin Shapiro, 2001, *Administrative law unbounded: reflections on government and governance*, Indianan j, of global leg. Studies, 9: 369, quoted in Carol Harlow, 2005, *Deconstructing government*, in T. Ginsburg and R.A. Kagan (eds.), *Institutions and public law: comparative approaches*, p. 141). New York Pete Lang; otros han argumentado que si bien la era del new deal estimuló la jurisprudencia que confirió autoridad constitucional. Los casos implican que la actividad de los movimientos sociales juega un papel significativo, si no dispositivo, en la determinación del impacto de los litigios y las sentencias. Los esfuerzos en los que los defensores han dedicado más tiempo y recursos a la movilización han tenido el impacto más profundo. Por lo tanto, parece que el nivel y la forma de participación de los movimientos sociales definieron en gran medida lo que era posible lograr con los tribunales. La actividad del movimiento social influyó en gran medida en el resultado educativo, y una parte de esa actividad fue el litigio. Las circunstancias sociales y políticas particulares fueron componentes importantes para definir lo que los esfuerzos del movimiento social lograron y lo que los actores del movimiento trataron de lograr. [...] Esto está en consonancia con una considerable erudición con respecto a la naturaleza comparativamente más sensible políticamente del sistema judicial estadounidense (véase, por ejemplo, Kagan, 2003). También está en consonancia con ejemplos

el gobierno depende cada vez más de acuerdos privados e híbridos público-privados para producir y distribuir bienes públicos como la educación y los servicios de salud³.

Desde mediados de los setenta, se produce la crisis del Estado social, cuestionamiento que se acentuó en los ochenta, divulgándose duras objeciones a la viabilidad de los derechos sociales. Como lo expresa Pisarello, la tutela de los derechos sociales permaneció atenazada, al menos desde los años ochenta, por el imparable desarrollo de una *lex mercatoria* basada en un renovado blindaje de los derechos de propiedad privada y de libertad de empresa en el ámbito supraestatal⁴⁻⁵. Los países del movimiento de los Países No Alineados tienen una base sólida para denunciar el fracaso de medio siglo de descolonización y cooperación para el desarrollo para eliminar la pobreza y alcanzar los objetivos de numerosas estrategias de desarrollo. Adoptan la posición de que los países en desarrollo siguen enfrentando dificultades para participar en el proceso de globalización, y que muchos corren el riesgo de quedar marginados y efectivamente excluidos de sus beneficios. Por lo tanto, hacen hincapié en el impacto del comercio internacional, el acceso a la tecnología, la carga de la deuda y similares en el disfrute del derecho al desarrollo. Poco después de la proclamación de la DUDH, quedó claro en el mundo en desarrollo que los derechos humanos individuales tenían poco valor para que el dominio colonial continuara. De hecho, bien podría argumentarse que la DUDH en esencia había servido para deslegitimar las raíces del sistema colonial, que había perdido su legitimidad a la velocidad del rayo durante

más históricos que involucran a las escuelas comunes y al movimiento de derechos civiles. En ambos casos, la ley siguió el crecimiento y la aceptación de un poderoso movimiento social. Academia legal, la mayor parte de esta beca se centra en el impacto del desarrollo de normas y movimientos sociales en la toma de decisiones judiciales y las doctrinas constitucionales. Esta beca destaca la importancia de los movimientos sociales para los cambios legales, enfatizando la noción de cambiar la Constitución... buscamos plantear preguntas sobre la interacción multivalente entre la actividad del movimiento y los tribunales estadounidenses en la promoción del cambio social. Las decisiones judiciales claramente no se toman en un vacío social, y debemos considerar la variedad de factores que influyen (tanto limitan como facilitan) la capacidad de los actores del movimiento social para promover, y como cuestión de umbral buscar, el reconocimiento de derechos que son significativos y aplicados. Albisa, Cathy, Shanor, Amanda, *United States: education rights and the parameters of the possible, at social rights judgments and the politics of compliance, making it stick*, Rodríguez-Garavito, Cesar, et al. (eds.), Cambridge, UK, New York, NY, Cambridge University Press, 2016, p. 281-282.

³ Hershkoff, Helen, *Transforming legal theory in the light of practice: the judicial application of social and economic rights to private orderings, at, courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Gauri, Varun, Brinks, Daniel M., Cambridge UK, Cambridge University Press, 2008, p. 280.

⁴ Gerardo Pisarello, "Los derechos sociales..." cit., p. 30.

⁵ Stephen, Marks, "The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality", (2004), 17 *Harvard Human Rights Journal* 137, p. 138.

el período 1954-1960. Este cambio se ha expresado en la formulación del derecho colectivo a la libre determinación de los pueblos.

Esteve Pardo, habla de cómo la implantación y desarrollo del Estado social, que se inicia en Europa al concluir la Segunda Guerra Mundial, encontró unas sociedades muy débiles y desarticuladas como consecuencia de los terribles efectos de aquella conflagración. El papel dirigente y gestor lo asume así el Estado y su aparato administrativo. Empieza a conciliarse una lógica estatista que se funda en el poder del conocimiento experto que concurría en su burocracia profesional, capaz de dominar todos los ámbitos de acción pública y controlar los espacios de la actividad privada; y garantizar esa cobertura mínima a todos los ciudadanos, así como para hacer efectivos esos derechos sociales cuyo contenido se materializa en una serie de prestaciones concretadas por las leyes⁶. Cruz Parceró sostiene que terminada la Segunda Guerra Mundial existió una enorme presión para lograr una redistribución social de la riqueza como nunca⁷. Diego Valadés cuenta cómo el constitucionalismo de la posguerra tuvo como preocupación central recuperar la legitimidad del Estado; para lograrlo adoptó como coordenadas la democracia y el bienestar. Ambos ejes, el político y el social, se convirtieron en las piezas que garantizaban la gobernabilidad⁸.

Sin embargo, esto no ocurrió de forma paralela, al final de la Segunda Guerra Mundial, los países occidentales parecían celebrar más la victoria del capitalismo sobre el comunismo que la victoria de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos sobre el totalitarismo. Comenzaría entonces lo que después sería una agresiva expansión del modelo neoliberal en los países de Europa Central y en otras regiones antes bajo la influencia de la Unión Soviética. Mónica Pinto, explica cómo se proyectaba en la práctica esta división ideológica. El tratamiento desigual que históricamente han recibido los derechos económicos, sociales y culturales, de los civiles y políticos ha sido ocasionado, justo por esta contradicción ideológica. La autora explica cómo los puntos de vista de los bloques en la división Este-Oeste, participaban de visiones antitéticas sobre el papel del Estado en relación con los derechos de los habitantes. Por un lado, existía una visión

⁶ Esteve Pardo, José, "La Administración Garante. Una Aproximación", *Revista de Administración Pública*, núm. 197, Madrid, mayo-agosto 2015, p. 15.

⁷ Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 43.

⁸ Valadés, Diego, "Garantías sociales y reforma institucional", en Macías Vázquez, María Carmen, Anglés Hernández, Marisol (coords.), *Estudios en homenaje a don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes*, México, IJ-UNAM, 2013, p. 106.

occidental que privilegió los derechos civiles y políticos y la economía de mercado, que aludía a que el juego armónico de ambos conduciría al estado de bienestar y a la riqueza de las naciones⁹; por otro, la concepción del bloque del Este se orientó a una economía centralmente planificada en la que cada ciudadano cumplía un papel diferenciado y asignado y así el Estado le garantizaría vivienda, trabajo, educación y salud¹⁰.

Así, fue como el estado de bienestar fracasó, principalmente por la globalización financiera enfocada en la desregulación del mercado que redujo su función de rectoría económica, erosionó y restringió el desarrollo de la política social¹¹. Esto explica la falta de atención a las necesidades sociales y sus consecuencias negativas. Uno de los aspectos negativos que empezaron a surgir de esta tendencia, fue la reducción sistemática de beneficios sociales como resultado de las políticas neoliberales de los años setenta empleadas para dismantelar el sector público. La consecuencia más notoria fue la minimización de la función del estado como interventor y gestor de políticas sociales asistenciales, reservando su aplicación para casos específicos de emergencias o situaciones de extrema pobreza, debido a que (en general) el liberalismo económico dispone que la salud, vivienda o educación, son servicios adquiribles en el mercado¹².

Kjaer sostiene que el surgimiento del fenómeno de la gobernanza estuvo estrechamente asociado con la introducción de la Nueva Gestión Pública y las políticas concordantes asociadas con los programas de descentralización, privatización y desregulación y reforma de la re-reglamentación que tomaron forma a partir de la década de 1970, derivadas de los regímenes transnacionales centrados en organizaciones internacionales

⁹ La teoría económica capitalista sugiere que un mercado formado por individuos racionales e interesados en sí mismos con un nivel adecuado de competencia naturalmente asignará los recursos de manera eficiente. Efectivamente, un mercado competitivo asegurará que el capital se dirija a aquellas empresas que producen productos para los cuales el público tiene demanda. De esta manera, el público se beneficia al poder comprar los productos deseados al precio más bajo posible, al tiempo que garantiza que los productores sigan siendo rentables.

¹⁰ Pinto, Mónica, "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano, Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano", *Revista IIDH*, N°. 40, 2004, p. 30-31.

¹¹ Passim Jalife-Rahme, Alfredo, *Hacia la desglobalización*, 3ª. edición jorale, México, 2007. Obra que describe cómo, a partir de la crisis económicas y energéticas, se fortalece el estado-nación (a través de la creación de bloques regionales de intercambio económico) y que el estatismo triunfó frente a la globalización financiera. Su idea se apoya en los rescates financieros que ostensiblemente se han instrumentado para resolver la quiebra del sector privado.

¹² De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y Justiciabilidad de los Derechos Sociales. Estudio Comparado Internacional y Leading Cases a través del Juicio de Amparo en México*, México, Porrúa, 2016, p. 5-6.

públicas como el Banco Mundial, el creador original del concepto, y organizaciones internacionales públicas, como el FMI y la OCDE, y, por supuesto, la UE¹³. El “giro a la gobernanza” tiene un doble carácter que se refleja en transformaciones institucionales concretas, así como en articulaciones discursivas de intenciones particulares. Algunas de las características que tuvo, según Kjaer fueron la adopción de un enfoque holístico en la “sociedad”, en lugar del Estado u otros repositorios institucionales del poder público. En palabras del autor, esto implica una intención explícita en desdibujar la división pública/privado, socavando así la distinción entre el Estado y la sociedad o distinciones equivalentes entre los repositorios institucionales del poder público y el resto de la sociedad; y en lugar de centrarse en los propios procesos de toma de decisiones, el enfoque se externaliza a través de un énfasis en la producción y la eficiencia, dándole un fuerte toque economista¹⁴.

Dice Kjaer:

“La consecuencia es un énfasis pragmático en la toma de decisiones y el impacto de la toma de decisiones, prestando menos atención a la estructuración jurídica formal de la toma de decisiones y a las cuestiones de rendición de cuentas conexas. La gobernanza, por lo tanto, implica un giro hacia la informalidad que va en contra del ethos del formalismo jurídico”¹⁵.

En ese sentido, el papel de los derechos sociales en el campo de las finanzas internacionales cambió drásticamente con la llegada de la globalización financiera en la década de 1970. Para permitir los mercados financieros globales y una mayor convergencia de políticas, la globalización desmanteló los escudos de protección regulatoria de muchos estados. En un cambio relacionado, las políticas de las IFI dieron un giro decisivo a principios de 1980 con el establecimiento del consenso de Washington, imponiendo severas medidas de austeridad a los países que necesitan fondos de IFI. Esto implicó un cambio considerable en las condicionalidades, o los términos acordados por las IFI y un país que busca acceso a sus recursos financieros. Si bien anteriormente contenían parámetros macroeconómicos realistas generales, dejando al país con un amplio margen para elegir los medios para estabilizar su balanza de pagos, en la nueva era la IFI necesitaba garantizar que los países afectados recuperaran la confianza del mercado a largo plazo. Este cambio requi-

¹³ Kjaer, P., *op. cit.*, p. 22-23.

¹⁴ Kjaer, P., *op. cit.*, p. 24.

¹⁵ *Ibidem.* 22-23.

rió que los países receptores de financiamiento de IFI implementaran reformas sustanciales de política económica¹⁶⁻¹⁷.

La Guerra Fría se intensificó debido a la guerra de Corea y los Estados Unidos. El tema del anticolonialismo también enfrentaba a las potencias en conflictos en África y Asia. Las democracias europeas adoptarían la Convención Europea de Derechos Humanos, que contenía solamente derechos civiles y políticos, donde se implementa un sistema de monitoreo, convencidos de que este no era apto para los derechos económicos, sociales y culturales. Estas nuevas políticas económicas, llevaron rápido al surgimiento del fenómeno conocido como “guerra fría”¹⁸. El consenso alcanzado durante la mitad del siglo XX, y particularmente, la idea de una gobernabilidad guiada sobre ejes políticos y sociales se iba erosionando con el advenimiento de la liberalización del mercado. Las razones técnicas que en su momento prevalecieron para justificar esta separación fundamentalmente consistían en que los derechos civiles y políticos solamente exigía la abstención del Estado (deberes negativos), mientras el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, al ser progresivo, no podía exigirse de la misma forma, porque requería de acciones positivas (deberes positivos) y recursos económicos. Las tensiones entre las superpotencias llevaron al reparto de áreas de influencia, con una considerable merma de las notas democráticas del Estado. En América

¹⁶ The consequences of these policies for social rights were severe. Among others, UNICEF soon reports rising malnutrition rates of children in affected countries. Nevertheless, policy makers in the affected countries often prioritized other measures, including calls for more generous debt restructuring, over invoking social rights. Indeed, invoking social rights against the IFIs and private actors might not have been the most obvious choice in the context of the cold war, which still stood in the way of human rights becoming the universally recognized standard they became after 1990, and of financial globalization, which followed, [454] a logic of advancing development through economic growth. It was only towards the 1990s that voices both in civil society and in academia increasingly began to articulate their critique of the IFIs and of financial market in terms of human rights.

In practice, however, the IMF and the world bank have not managed to avoid the issue of social rights. Both the IMF and the world bank have taken steps to give greater significance to issues relevant for social rights enjoyment, even if such policies go by another name. the world bank took the lead in this respect and has softened its stance considerably since the end of the cold war. The 1991 world development report ushered in the world bank’s turn to good governance. This term suggests that development not only depends on funding, but also requires strong, representative domestic institutions and respect for the rule of law to succeed. Part of this idea of good institutional governance is respect for human rights.

¹⁷ Wilde, Ralph, “Pursuing global socio-economic, colonial and environmental justice through economic redistribution: the potential significance of human rights treaty obligations”, Cheltenham, en *Research Handbook on International Law and Social Rights*, Binder, Christina et al. (eds.), UK, Northampton, MA, USA, Elgar publishing, 2020, p. 453.

¹⁸ Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 106.

Latina la experiencia fue muy negativa, pues dio pie al florecimiento de dictaduras militares, que, con el pretexto de la seguridad continental y el aceleramiento del crecimiento del mercado globalizado, tuvieron efectos derogatorios de las cláusulas democráticas¹⁹. Así, en plena Guerra Fría entre un bloque occidental capitalista y un bloque socialista, la lucha ideológica llegaba a separar lo que 18 años atrás había logrado unirse²⁰.

Arango explica que, con el Consenso de Washington, luego de la Segunda Guerra Mundial, se impondrá la doctrina neoliberal en toda su extensión. En la era posfordista se abandona la aspiración al desarrollo industrial, que era característica de los derechos de segunda generación y se reemplaza por la idea del intercambio y especialización en el comercio de bienes y servicios según las ventajas comparativas de cada sociedad, lo cual se hace posible vía el desmonte de la intervención estatal, que participaba como un freno para el libre crecimiento de la economía²¹. Mientras más corporativo o residual fuera el estado social del que se tratara, mayor fue la tendencia de las instituciones estatales a concebir los derechos sociales como concesiones planificadas “desde arriba”, según criterios tecnocráticos, dirigidas a reducir la compleja problemática del trabajador a la del simple consumidor, y la del ciudadano a la de cliente maltratado por las burocracias estatales²². Valadés explica que la tensión para democratizar la vida interna de cada Estado y el correlativo desmantelamiento del sistema de bienestar, hizo que las estrategias de gestión estatal guiadas por el ideal del libre mercado terminaran convirtiéndose en una forma de control político que era considerada como un fin en sí mismo²³.

Las agresivas políticas económicas de ajustes estructurales impulsadas por el Banco Mundial (BM) y la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la promoción de tratados bilaterales se asociaron al “colonialismo de los derechos humanos”, que comenzaría a implementar por conducto del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) el concepto de “desarrollo humano”²⁴. La falacia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que se refiere a sí misma como el “estándar común de logro para todos los pueblos y todas las naciones”²⁵, implicó un movimiento dominado por estados y élites po-

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 43-51.

²¹ Arango, Rodolfo, “Realizando los derechos...” *cit.*, p. 277-278.

²² *Ibidem*, p. 29.

²³ Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 107.

²⁴ Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 52.

²⁵ Ramina, Larissa, TWAIL, “Third World Approaches to International Law and human rights: some considerations”, *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1), 2018, p. 261-272. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54595>.

derosos que trajo problemas para los sistemas políticos y económicos de los países que no reúnen las mismas condiciones que habían propiciado en los países desarrollados la consumación del pacto fordista keynesiano²⁶, pues ignoró la “impotencia económica y el efecto de la globalización en las personas”, y lo que en un principio se disfrazó como un “regalo de Occidente al resto del mundo” para la construcción de un proyecto verdaderamente universal, en el fondo, únicamente ponía énfasis en los derechos civiles y políticos, propiciando la formación de estructuras culturales, políticas, sociales, y económicas arraigadas al colonialismo eurocéntrico. No sobra mencionar que el desafío de la justicia colonial se plantea tanto como un asunto en sí mismo, como debido a su relación con los desafíos de la injusticia económica y la justicia ambiental, dada la forma en que las desigualdades socioeconómicas y ambientales actuales –la marcada diferencia en la realización de los derechos sociales y las condiciones ambientales asociadas en todo el mundo, y la base ambientalmente dañina sobre la cual las partes económicamente privilegiadas del mundo lograron este privilegio– pueden ser en parte vinculados a las estructuras coloniales e imperiales del pasado.

III. ESTADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el texto de Luciano Parejo sobre la transformación y reforma del derecho administrativo, nos explica que esta rama del derecho presenta perfiles inéditos por la importancia y extensión de sus requerimientos, en especial para la ciencia jurídico-administrativa. Se viene hablando desde los años ochenta del siglo pasado de crisis nuevas tendencias y cambios radicales, incluso de ruptura (Umbruch) en el edificio dogmático-jurídico y hasta de una segunda fase del derecho público alemán y demandando, por ello, una verdadera renovación. En todo caso se ha generalizado, con mayor o menor intensidad, como ponen de relieve las aportaciones dedicadas recientemente a la transformación o mutación del derecho administrativo en Europa. En muchos estados europeos, el derecho administrativo ha cambiado sustancialmente durante las pasadas dos décadas, y continúa haciéndolo aún; cambio a cuyos diversos aspectos aluden conceptos clave tales como gobernanza (*Governance*), dirección (*Steurereung*), nueva gestión pública (*new public managment*), *crítica managerial* (*critique managériale*) y privatización, pero también constitucionalización y europeización²⁷.

²⁶ Ver tipologías de los estados de bienestar de Absjorn.

²⁷ Parejo Alfonso, L., *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*, España, INAP, Global Law Press, 2012, p. 17-18.

Las primeras dudas sobre la capacidad de dirección y control de los sistemas y, en particular, del derecho se plantearon en las ciencias sociales. Desde el concepto de auto-poesis, traído desde la biología a la teoría de sistemas, y el institucionalismo más radical, por considerarse que el derecho estático no puede mantener el paso con los desarrollos dinámicos e imprevisibles de las modernas tecnologías²⁸. En este contexto es plausible hablar con Nikolas Luhmann de la innovación como modificación morfogénica y de reforma como modificación teleológica, automodificación del derecho (cuyo límite viene dado por la capacidad de éste para absorber alteraciones) y modificación inducida del derecho (operación precisa a partir de la insuficiencia o el agotamiento de la referida capacidad para hacer frente a los retos del derecho). La innovación afecta, por el contrario, al contenido del derecho, en tanto que éste es, al menos formalmente y por tener un tiempo propio, refractario a la innovación. Cabe hablar de un deber de apertura de las comunidades organizadas sobre los principios democrático y del Estado de derecho, en el sentido no tanto de renuncia del derecho a la autonomía de su dimensión temporal, como de exigencia de sincronización del tiempo jurídico con otros tiempos sociales. La innovación se ofrece al mismo tiempo como inducción por el derecho de cambios en órdenes distintos (innovación por el derecho) y apertura del derecho a un abanico de decisiones (considerándolas admisibles: innovación del derecho)²⁹.

La eficacia directiva del derecho reside, en la canalización de la innovación: la novedad que representa la modificación se reconduce inmediatamente al presente continuado del mandato normativo (siempre idéntica), en la medida en que éste incorpora cuando menos la expectativa de la posibilidad de determinadas futuras decisiones. La diferenciación entre reforma e innovación no pretende una neta separación de los dos procesos aludidos, estos responden a un mismo fenómeno último: el de transformación o mutación. Desigual en lo atinente a la innovación en, y especialmente, reforma o renovación de la ciencia del derecho administrativo. Lo primero encuentra su explicación en la sustancial identidad de los factores determinantes de las transformaciones que viene experimentando el estado y su ordenamiento y que tienen directa repercusión sobre la administración pública y el derecho referido a su actuación: La rápida evolución de la actual sociedad altamente de-

²⁸ En cuanto a la teoría de sistemas aplicada al derecho. N. Luhmann, "Politsche steuerung: ein diskussionsbeitrag", *Politische vierteljahresschrift (PVS)*, vol. 1, 1989, pp. 4 y ss.; y G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, capítulo III.

²⁹ Parejo Alfonso, L., *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*, España, INAP, Global Law Press, 2012, p. 20.

pendiente de la ciencia y la tecnología y generadora de riesgos de dimensiones y consecuencias hasta hace bien poco desconocidas. Los continuos nuevos retos que tal evolución plantea, la ruptura de la simbiosis economía-estado, la mundialización de la economía (y sus efectos, en particular la llamada globalización del derecho administrativo, aún en ciernes), la “contaminación económica” de los órdenes constitucionales y el proceso de integración supranacional y de internacionalización con carácter más general³⁰.

Esto obedece a la diversidad no sólo de las culturas político-administrativas y, por tanto, de los sistemas jurídico-administrativos, sino también del tratamiento y la construcción científico-dogmáticos de éstos en un contexto de relativamente débil desarrollo del comparatismo en relación con otras ramas del derecho (especialmente la jurídico-civil y mercantil)³¹. La época actual, de carácter complejo y contradictorio, está presidida por la incertidumbre, agravada por la crisis sistémica que padece –desde 2008– el sistema económico a escala mundial, y presenta por ello los rasgos propios de toda transición, en la que la nueva situación hacia la que se va, el nuevo sistema a alumbrar está aún fraguándose y resulta más que difícil vislumbrar y prefigurar los principios y las coordenadas sobre los que éste va a quedar definitivamente asentado³².

Se resaltan dos procesos: El estado encerrado aún en buena medida en los esquemas establecidos y sujeto a la inercia de su propia evolución desde el estado liberal al social –incluso bajo la forma, más actual, de redistribuidor de riesgos y garantizador de las infraestructuras y las prestaciones sociales básicas–, se revela incapaz para absorber la creciente complejidad de su ambiente, de reaccionar con prontitud a las nuevas exigencias planteadas por las transformaciones sociales y los requerimientos derivados de las mismas para la dirección y el control de la sociedad. Tanto más cuanto que la lógica del mercado, erigido progresivamente –a escala global– en mecanismo primario de satisfacción de las necesidades sociales en virtud del crecimiento de aquél en detrimento del espacio público... desde luego del nacional... se ha ido afianzando como criterio de medida de la actividad del

³⁰ Parejo Alfonso, L., *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*, España, INAP, Global Law Press, 2012, p. 23.

³¹ Hoy por hoy solo cabe establecer la hipótesis (precisada de ulterior confirmación por la investigación) de la existencia en Europa de procesos de innovación y reforma convergentes bajo la superficie aparente de las cosas. Falta, en efecto, un método de comparación de reconocimiento generalizado, por lo que en realidad se siguen multiplicidad de métodos en las tareas comparativas que efectivamente se desarrollan.

³² Parejo Alfonso, L., *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*, España, INAP, Global Law Press, 2012, p. 24.

estado y la administración, y uno y otro han ido viendo mermada su capacidad efectiva de configuración social por razón de la emergencia e intensificación no ya de límites, sino de condicionantes económicos-financieros. El centro de gravedad se ha desplazado hacia la tensión entre control de la deuda y expansión de las responsabilidades (tareas) públicas con aparición de los fenómenos de colaboración público-privada, la desregulación y la privatización y, en definitiva, el activador estado informal redistribuidor de riesgos³³.

Las fronteras de la actuación estatal comenzaron a ser fundamentalmente redefinidas desde mediados del siglo XX, cuando los gobiernos contemporáneos crecieron tanto en escala como en complejidad. El tamaño relativo del sector público se expandió de forma considerable³⁴. De otro, desde aquel entonces los problemas públicos derivados de las actividades económicas tendieron a complejizarse, presentando desafíos antes no previstos en términos de las políticas públicas necesarias para materializar los fines perseguidos. La manifestación más fuerte de la redefinición llegaría a partir de la década de los 80, cuando la complejización no sólo se plasmó en los procesos “hermanos” de privatización, des- y re-regulación, liberalización (es decir, promoción de competencia en servicios tradicionalmente considerados monopólicos) y desintegración de estructuras verticales, sino también en la mayor relevancia que comenzaron a adquirir los objetivos sociales en la disminución de la frontera público-privada. El avance de lo que sería luego denominado el “estado regulador” o más genéricamente, del “capitalismo regulatorio”³⁵, comenzó a presentar serios desafíos tanto para la creación del derecho como para su aplicación³⁶.

Lo anterior trajo como consecuencia cambios importantes en la estructura del derecho, manifestados centralmente en el desarrollo de áreas “menos tradicionales”, esto es, distintas del derecho constitucional, civil, procesal y penal. Los avances prácticos en materias corporativa, financiera, regulatoria, de competencia, propiedad intelectual, farmacéutica o incluso medioambiente –todas las cuales usualmente se vinculan a cambios tecnológi-

³³ Parejo Alfonso, L., *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*, España, INAP, Global Law Press, 2012, p. 25.

³⁴ Tapia, Javier y Corden, Luis, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*, Estudios Públicos, 139, invierno 2015, p. 20.

³⁵ El concepto de “capitalismo regulatorio” sintetiza de forma muy precisa que los mercados son simplemente un mecanismo regulatorio en el que confluye un gran número de formas de regulación estatales y no-estatales. La regulación es hoy difusa y fragmentada, y engloba un amplio ser de actividades de control y de policía que van más allá de la dirección del estado, pero reservándose a éste un rol dominante.

³⁶ Tapia, Javier y Corden, Luis, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*, Estudios Públicos, 139, invierno 2015, p. 21.

cos, complejas operaciones financieras (*financial engineering*) o productos nuevos-, no sólo permitieron lidiar de mejor manera con la nueva realidad económica y social, sino que demandaron una adaptación en paralelo de las normas bajo las cuales aquellos avances se desarrollaban. Esto significó cambios profundos en los derechos de inspiración civil continental. En varias de estas nuevas áreas, tiende a primar la técnica de regular por estándares en desmedro de las reglas³⁷, lo que redundó en la creación de estatutos legales generales, dotados de poco contenido específico en sí mismos y sujetos a un alto nivel de interpretación. Tanto ésta como otras diferencias basales en la estructura del derecho fueron las que, en buena medida, comenzaron a demandar arreglos institucionales especiales que facilitaran su aplicación. La tarea consistió en determinar cuál era el ente más capacitado para lidiar con las nuevas e intrincadas funciones estatales. Tanto la rapidez del comercio y la complejidad de los problemas, como las limitaciones propias del proceso de formación de la ley, evidentemente impedían acudir a la legalidad estricta como solución. Frente a la nueva realidad jurídica, entonces, la administración se alzó como la entidad mejor posicionada para dotarla de contenido y efectuar su aplicación³⁸⁻³⁹.

La explicación de este fenómeno en la literatura es que la complejización de los problemas público trajo como consecuencia la necesidad de que el legislador “encargara” o “delegara” (dependiendo del contexto institucional general de cada jurisdicción específica) una serie de tareas y responsabilidades en organismos administrativos, los que vieron ampliado de manera importante su espacio de actuación. Esto relativizó, de algún modo el concepto de legitimidad plena de la ley como mecanismo para la resolución de problemas públicos⁴⁰. La encomienda o delegación podía ser explícita o producirse de manera implícita

³⁷ Para un análisis económico de esta distinción, véase L. Kaplow, “Rules Versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal* 42 (1992), 557-629.

³⁸ C. Sunsteins, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State* (Cambridge, MA, London: Harvard University Press, 1990), 111: “por cierto, las reformas legislativas deben vencer una enorme carga de inercia. Es a través de la interpretación, en las cortes y el poder ejecutivo, que las mejoras regulatorias, [ya] intercaladas, por cierto, pueden ser realizadas más fácilmente”.

³⁹ Tapia, Javier, y Cordenó, Luis, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional. Estudios Públicos*, 139, invierno 2015, p. 22.

⁴⁰ En la medida en que la “lógica intervencionista se impone y la legislación pierde su carácter general y pasa a incorporar, de un lado, y afectar, de otro, a intereses concretos, se entiende que ahora el espacio de la decisión ya no corresponde a la representación general, sino que debe ser compartida con los intereses concretos implicados, a los que, desde la óptica garantista individual, es necesario integrar en el procedimiento. Así, el procedimiento parlamentario actual incluye efectivamente intereses particulares extraparlamentarios que intervienen, bien en el momento de la iniciativa, bien en el de las fases posteriores y de las más distintas formas, y que desvirtúan aquellos dos objetivos generales a los que servía el procedimiento parlamentario como instrumento democrático e imparcial en la

ta, esto es, cuando la redacción normativa posee cierto grado de ambigüedad, por ejemplo, producto del carácter esencialmente flexible de los objetivos perseguidos por la legislación, o bien cuando presenta vacíos que deben ser llenados por la vía interpretativa⁴¹⁻⁴².

Cualquier sea el caso, el diseño normativo y de política pública pasó a estar radicado fundamentalmente en el poder ejecutivo en desmedro del legislativo⁴³.

Este fenómeno se agudizará en la era post privatización, con la creación y masificación, en diversas jurisdicciones (con particular notoriedad en el derecho europeo continental), de una respuesta estatal basada en el trabajo de una serie de órganos que operan a una distancia considerable de las instituciones democráticas tradicionales, cuyos orígenes se remontan al derecho norteamericano⁴⁴. La literatura las denomina “instituciones no-mayoritarias”, aunque el nombre de agencias regulatorias independientes es el más común. Su fundamento radica en que el aumento en el nivel de especialización y *expertise*, así como su independencia de otros poderes del estado⁴⁵, puede traer beneficios significativos no sólo en la medida que expande las capacidades administrativas, sino en cuanto permite, además, reemplazar “clientelismo” y dependencia de otras instituciones

elaboración de la ley. Por esta vía vuelve a aparecer el impacto administrativista, no sólo por su contenido, sino porque el procedimiento parlamentario se convierte a la lógica del procedimiento administrativo en cuanto toda esa inclusión de los intereses afectados adquiere el sentido que en este último se asigna a la “audiencia del interesado”. Hay que tener en cuenta que, con ello, además, se legitiman nuevos sujetos capaces de aumentar la complejidad de las demandas tanto desde fuera como dentro del procedimiento, dadas las posibilidades que ofrece la deducción de inconstitucionalidad por vicios procedimentales.

⁴¹ El carácter implícito de la delegación bien puede provenir de una decisión expresa del legislador (lo que Kovacic, “institutional design”, 2166, denomina “ambigüedad estratégica”). Por ejemplo, éste puede saber de antemano que leyes con propósitos múltiples conllevan un mayor riesgo de que ciertas disposiciones se confrontan unas con otras. Sin embargo, esa multiplicidad de objetivos bien puede ayudar a obtener los quórum necesarios para aprobar la ley.

⁴² Tapia, Javier y Corden, Luis, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*, Estudios Públicos, 139, invierno 2015, p. 22.

⁴³ Tapia, Javier, y Corden, Luis, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*, Estudios Públicos, 139, invierno 2015, p. 23.

⁴⁴ En Estados Unidos, el denominado “movimiento tecnocrático” que antecedió al llamado New Deal (entre 1933 y 1936 bajo el gobierno de F.D. Roosevelt) emanó del deseo de separar la política de la administración del estado. A partir de este objetivo, los principios progresistas de buena administración guiaron en buena medida el diseño de las agencias durante el new deal y la subsecuente definición de las políticas durante el período. Atkin, *Technocracy and the American Dream: The Technocratic Movement, 1900-1941* (Berkeley: University of California Press, 1977); y M.A. Eisner, *Regulatory Politics in Transition* (Baltimore: John Hopkins University Press, 2000), especialmente el capítulo 2.

⁴⁵ De hecho, algunos autores han indicado que estas agencias serían un verdadero “cuarto poder del Estado”, constituyendo ellas una manifestación de una nueva fase en el desarrollo estatal (por todos, ver nota 28: Loughlin, Foundations, 450).

(aumentando la autonomía en la definición de políticas públicas) y enfatizar objetivos de largo plazo⁴⁶⁻⁴⁷. Subyacente tanto a la noción de encomienda como de delegación está la creencia o convicción de que la administración posee mayores capacidades informacionales respecto de una determinada materia que el legislador⁴⁸. Esta capacidad superior no tiene una fuente única⁴⁹.

IV. DIVERSIFICACION Y SECTORIZACION EN LA ESTRUCTURA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Es evidente que el proceso de redefiniciones políticas, organizativas y sociales, a lo que deben sumarse los increíbles cambios tecnológicos ocurridos desde inicios de siglo, han tenido un alto impacto en lo jurídico. Ello también ha afectado al derecho administrativo, especialmente, a algunos de los sectores o áreas de referencia de la parte especial, no pudiendo este quedar impasible. Hacer lo contrario, como si nada pasara, y no replantear las viejas estructuras y saberes asentados, significaría construir explicaciones y hacer dogmática sobre una realidad que ya no es la misma, recorriendo un camino que ya no existe o que por

⁴⁶ Nótese que, sin embargo, dado su carácter de “independencia”, la autoridad de estos órganos proviene de fuentes distintas a la delegación del poder por parte de la legislatura. En el Estado regulador, entonces, la hipótesis de la delegación puede ser seriamente cuestionada y, por consiguiente, también pueden serlo los mecanismos de control creados bajo su influjo. Explorar estas cuestiones excede los límites autoimpuestos en este trabajo.

⁴⁷ Tapia, Javier, y Cordenó, Luis, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*. Estudios Públicos, 139, invierno 2015, p. 23.

⁴⁸ En este sentido, por ejemplo, J. Huber & C. Shipan, *Deliberate Discretion? The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy* (Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press, 2002), 215 (indicando que subyace a su modelo el que el expertise de los burócratas es superior al de los políticos); y J. L. Mahaw, *Bureaucratic Justice. Managing Social Security and Disability Claims* (New Haven, CT: Yale University Press, 1985), indicando que “el profesional es maestro de un arcano cuerpo de conocimiento y funda su juicio apelando a la experticia” (“the professional is master of an arcane body of knowledge and supports his judgment by appeals to expertise”). Con todo, nótese que la especialización es sólo una de las razones que explican la necesidad de delegar. Otras explicaciones enfatizan los costos de redactar legislación, mientras que una tercera “rama” (más vinculada a la creación de agencias independientes) la explica en términos de una mayor protección contra influencia política. Explorar estas hipótesis excede los límites de este trabajo. Asimismo, cuando una agencia es independiente, existe otra razón que —junto a la especialización— justifica un mayor o menor grado de delegación: que el creador de la norma anticipe que la agencia se alinearán con sus propias preferencias acerca de los resultados esperados. Esto a veces se denomina ally principle o principio del aliado. Véase M. Stephenson, “Statutory Interpretation by Agencies”, en *Research Handbook on Public Choice and Public Law*, editado por D.A. Farber & A.J. O’Connell (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010), 288.

⁴⁹ Tapia, Javier, y Cordenó, Luis, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*, Estudios Públicos, 139, invierno 2015, p. 24.

lo menos no es el mismo⁵⁰. Si bien se sigue reconociendo como conformadores del núcleo o centro del derecho administrativo las partes clásicas correspondientes a la policía general o del orden público, son los sectores de vanguardia los que permiten actualizar o repensar el derecho administrativo, precisamente a partir de ciertas áreas especiales, las que pasan a ser sectores de referencia, como el derecho administrativo ambiental o el derecho administrativo económico (que una ámbitos sectoriales de servicios públicos regulados: agua potable y saneamiento, electricidad, gas, entre otros).

Se trata en definitiva de un verdadero giro del derecho administrativo a una ciencia de dirección preocupada, antes que, de controlarla, de que se tomen buenas decisiones; preocupado antes de aquello que no debe hacerse, de lo que debe hacerse y cómo hacerlo: en concreto, su centro gira a cómo tomar decisiones consistentes y fundadas que respeten los derechos subjetivos y custodien el interés general. Por supuesto, ello podrá ser objeto de un control judicial, cuyos principales parámetros serán los de siempre: el control procedimental y de la legalidad sustantiva⁵¹. La constitucionalización del derecho administrativo no ha estado exenta de crítica y debate, como refiere Eberhard Schmidt-Assmann al formular las siguientes objeciones. Que el derecho administrativo pierde su propio perfil como disciplina jurídica, que esa transformación no le corresponde realizarla al poder ejecutivo ni a la administración pública, sino al legislador elegido democráticamente, que la constitucionalización conduce a cimentar el derecho administrativo haciéndolo inflexible y petrificado, y que dicho proceso, parte de adoptar un modelo jerárquico incompatible con la pluralidad de ordenamientos jurídicos que existen hacia adentro de los estados y en el ámbito supranacional.

El pensamiento sistémico en el derecho administrativo pretende satisfacer tres funciones jurídicas fundamentales: una práctica, en cuanto auxilio tanto para la práctica judicial como para la administrativa; otra dogmática, para resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente considerando un sistema, y las concretas cuestiones que se susciten; y una política, en cuanto sirve de guía o apoyo al servicio de la política legislativa y demás centros productores de normas jurídicas. Y luego afirma que justamente el pensamiento sistemático, que se nutre de la parte general del derecho administrativo claramente más abstracta,

⁵⁰ Rojas Calderon, Christian Gustavo, Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Méndez Ortiz, Pablo, "La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública, Del tradicional *ius puniendi* único estatal a la función responsiva", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°. 34, julio-diciembre 2021, p. 111.

⁵¹ Rojas Calderon, Christian Gustavo, Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Méndez Ortiz, Pablo, *op. cit.*, p. 112.

es la base en la cual se construye una teoría general. Pero aquello es incompleto, pues deja fuera toda la parte especial –de los ámbitos o sectores de referencia–, con la cual hay una recíproca interacción e interrelación, y que constituye la cara más visible y práctica del derecho administrativo, completándolo, dotándole de material de referencia justamente a esa parte más general y abstracta sobre lo cual puede seguir sosteniéndose o inevitablemente cambiar, proporcionando de este modo una comprensión unitaria del quehacer administrativo; lo cual si es incorporado en una teoría general garantiza que los principios, técnicas y teorías –y por qué no decirlo, también la producción normativa–, pueda adaptarse a la constante evolución de la disciplina⁵².

V. EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El derecho fundamental a la buena administración se incorporó como tal en el proyecto de Constitución europea (Artículo 101), de conformidad con el Artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales suscrita en Niza el año 2000, comprendiendo los principios del *due process of law* en las relaciones ciudadano/administración pública, incluyendo la reparación del daño causado por las instituciones o por los agentes de la unión europea en ejercicio de sus funciones. Haciendo una valoración general de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (CIDYDCAP), tenemos que consagra el derecho fundamental a la buena administración de una forma más amplia y específica que la carta europea de derechos. En ella, podemos observar una clara orientación a la democratización del poder público en los países iberoamericanos, así como a permitir el ejercicio efectivo y en libertad de los derechos fundamentales, pugnando por una constante mejoría de las condiciones de vida de los ciudadanos, requisito indispensable para servir con objetividad al interés general⁵³.

Cabe hablar de un deber de apertura de las comunidades organizadas sobre los principios democrático y del estado de derecho, en el sentido no tanto de renuncia del derecho a la autonomía de su dimensión temporal, como de exigencia de sincronización del tiempo jurídico con otros tiempos sociales. La innovación se ofrece al mismo tiempo como inducción por el derecho de cambios en órdenes distintos (innovación por el derecho) y apertura del derecho a un abanico de decisiones (considerándolas admisibles: innovación del derecho). La eficacia directiva del derecho reside, en la canalización de la innovación: la nove-

⁵² Casarin León, Manlio Fabio, *Constitución, Administración Pública y derechos fundamentales*, México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 58-60.

⁵³ Casarin León, Manlio Fabio, *Constitución, Administración Pública y derechos fundamentales*, México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 47-48 y 61.

dad que representa la modificación se reconduce inmediatamente al presente continuado del mandato normativo (siempre idéntica), en la medida en que éste incorpora cuando menos la expectativa de la posibilidad de determinadas futuras decisiones⁵⁴.

La rápida evolución de la actual sociedad altamente dependiente de la ciencia y la tecnología y generadora de riesgos de dimensiones y consecuencias hasta hace bien poco desconocidas. El centro de gravedad y la tensión como activador que enfrenta un estado informal redistribuidor de riesgos ha perdido el enfoque sobre valores que, en realidad, deben ser protegidos, esto es, los derechos fundamentales, clave del orden de la convivencia y del fluido del funcionamiento de la democracia, cuya efectividad y tutela no pueden depender de las circunstancias y la coyuntura. El problema es crucial, pues la apuesta del Estado de derecho, secularizado y basado en la libertad, consiste en que vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar. Las primeras dudas sobre la capacidad de dirección y control de los sistemas y, en particular, del derecho se plantearon en las ciencias sociales. Desde el concepto de autopoiesis, traído desde la biología a la teoría de sistemas, y el institucionalismo más radical, por considerarse que el derecho estático no puede mantener el paso con los desarrollos dinámicos e imprevisibles de las modernas tecnologías⁵⁵.

VI. TRASPLANTE DEL ESTADO REGULADOR AL SUR GLOBAL. RETOS

Morgan y Dubash muestran que las agencias reguladoras independientes fueron diseñadas para estar “aisladas de la política” para poder ejercer su experiencia⁵⁶. Sin embargo, cuando se trasplantaron a países con altos niveles de desigualdad y demandas redistributivas apremiantes, se convirtieron en sitios de lucha y disputa⁵⁷. Gran parte del cuerpo de trabajo existente sobre el Estado regulador se centra en los Estados Unidos o Europa, aunque ahora hay un creciente cuerpo de trabajo sobre América Latina. Una cantidad significativa es explicativa en orientación, con una tendencia a asumir vías relativamente homogéneas de desarrollo y modernización a nivel mundial. Para Majone (1996, 2001), la legitimidad de los organismos “no mayoritarios” se obtiene a través de la experiencia, la coherencia y otras

⁵⁴ Parejo Alfonso, L., *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*, España, INAP, Global Law Press, 2012, p. 22.

⁵⁵ En cuanto a la teoría de sistemas aplicada al derecho. N., Luhmann, “Politsche steuerung: ein diskussionsbeitrag”, *Politische vierteljahresschrift (PVS)*, vol. 1, 1989, pp. 4 y ss.; y G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, capítulo III.

⁵⁶ Dubash, Navroz, Morgan, Bronwen, *Understanding the Rise of the Regulatory State in the Global South, Jerusalem Papers in Regulation & Governance Working Paper*, N°. 32 February 2011, p. 12, <http://regulation.huji.ac.il/papers/jp32.pdf>.

⁵⁷ Mota Prado, Mariana, Schapiro, Mario and Coutinho, Diogo R., *op. cit.*, p. 405-406.

virtudes tecnocráticas similares. Sin embargo, esta solución se basa en ser capaz de trazar una línea clara entre los objetivos de eficiencia, para los cuales se puede obtener legitimidad a través de la experiencia, y la redistribución, para la cual es necesaria la responsabilidad (*accountability*) política (mecanismos de rendición de cuentas democráticos). El problema que se suscita es que los países latinoamericanos son poliarquías, es decir, países con elecciones libres y justas pero que carecen de otras garantías democráticas, como el estado de derecho⁵⁸.

La gobernanza es una teoría política que guía las reformas en la administración y las políticas públicas para ampliar las capacidades y construir políticas justas y más efectivas. Por lo tanto, el paradigma de gobernanza no tiene una unidad conceptual. Sin embargo, el paradigma de gobernanza da forma a la propuesta de cambios institucionales en los que el gobierno se realiza mediante una relación compleja entre jerarquías, mercados y redes. En América Latina, una serie de problemas son endémicos a la hora de implementar las reformas. La lucha contra la corrupción sistémica, las diversas formas de patrocinio y las estructuras de privilegios, los problemas de gestión y el funcionamiento de instrumentos de gestión como el presupuesto, el personal y la planificación movilizan a los reformadores que buscan dar forma a los patrones de cambio institucional y convencer a los políticos sobre la dirección del cambio. La segunda transición significa la liberalización del Estado, pasando de un Estado burocrático-autoritario a un Estado plural y poniendo fin al presidencialismo populista en América Latina⁵⁹.

Las reformas de gobernanza en América Latina tienen una doble dimensión: cambios en el régimen político para fortalecer la democracia asociados con cambios en la administración pública para fortalecer las capacidades de entrega. Estos cambios significan un conjunto complejo de ideas destinadas a democratizar la administración pública, con un enfoque especial en el fortalecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas, la ruptura del pasado patrimonialista y los sistemas de clientelismo, la mejora de la capacidad de entrega y la creación de estándares modernos de gestión pública. La construcción institucional de regímenes democráticos y de gobernanza en América Latina está marcada por una tensión constitutiva entre la promesa de igualdad política y la realidad de la desigualdad social y económica⁶⁰.

⁵⁸ J. Mendez, P. Pinheiro y G. O'Donnell (eds.), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America* (Notre Dame, IN: Notre Dame University Press, 1999), p. 33.

⁵⁹ Peters, B. Guy, Filgueiras, Fernando, "Introduction: Looking for Governance: Latin America Governance Reforms and Challenges", *International Journal of Public Administration*, 45:4, p. 299-301.

⁶⁰ Peters, B. Guy, Filgueiras, Fernando, "Introduction: Looking for Governance: Latin America Governance Reforms and Challenges", *International Journal of Public Administration*, 45:4, p. 302-304.

Entendiendo un estado regulador del sur, las grandes preguntas de cómo gobernar, dada la débil capacidad institucional, los desafíos distintivamente grandes de desigualdad y pobreza, y las patologías del mando y el clientelismo patrimonial⁶¹.

El auge del Estado regulador del sur teoriza sobre el posicionamiento de los factores contextuales en la dinámica de la regulación a lo largo del espectro más en sintonía con los patrones más amplios de reestructuración social y económica. La idea de que una agencia reguladora pueda desempeñar un papel en el desarrollo en apoyo de la política industrial es consistente con lo que pretendíamos en dicho texto, un papel alejado de los “compromisos creíbles”, y orientado hacia la noción de un espacio de deliberación para la negociación política en un espectro que varía entre las reglas y los acuerdos⁶².

Morgan y Dubash muestran que las agencias reguladoras independientes fueron diseñadas para estar “aisladas de la política” y así ejercer su experiencia. Sin embargo, cuando se trasplantaron a países con altos niveles de desigualdad y demandas redistributivas apremiantes, se convirtieron en sitios de lucha y disputa. Se podría pensar que la participación directa de la sociedad civil en las decisiones regulatorias, o la representación partidista en las agencias puede aportar legitimidad democrática a la regulación sectorial. La noción misma de arreglos institucionales –normas jurídicas, instituciones y procesos que definen la forma en que se coordinan los procesos y los actores en campos políticos específicos– es una herramienta interdisciplinaria útil. Tal arreglo, como se ha visto anteriormente, puede ser técnico, en el sentido de que están diseñados para lograr objetivos de política de manera efectiva, o políticos, en el sentido de que apuntan a dejar espacio para la participación, la rendición de cuentas y la transparencia⁶³.

Para que la idea del Estado de desarrollo democrático no sea una quimera, no debe concebirse como un paquete listo para usar que pueda implementarse en cualquier lugar y que esté operativo de un día para otro. Como cualquier esfuerzo de construcción institucional, el estado democrático de desarrollo es una tarea compleja que debe construirse gradualmente y adaptarse al contexto en el que está operando. El desafío, sin embargo, es principalmente de ingeniería institucional, para lo cual el derecho y el desarrollo deberían tener mucho que aportar⁶⁴. La proceduralización (procedimentalización) de la toma de de-

⁶¹ Hartlapp, Miriam, *op. cit.*, p. 73 (*Idem*).

⁶² Morgan, Brownen, “De vuelta a la política: la trayectoria del Estado regulador en los países del Sur”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N°. 60, Oct. 2014, p. 16-17.

⁶³ Mota Prado, Mariana, Schapiro, Mario and Coutinho, Diogo R, *op. cit.*, p. 405-406.

⁶⁴ Mota Prado, Mariana, Schapiro, Mario and Coutinho, Diogo R, *op. cit.*, p. 410.

ciones introducida por la creación de agencias reguladoras es a menudo un facilitador importante de una movilización política más amplia, de maneras bastante imprevistas por los diseñadores que intentan proporcionar salvaguardas a los inversores. De hecho, las instituciones reguladoras pueden ser ocasionalmente la cabeza de playa para la formalización de las tradiciones de derecho administrativo, donde estas anteriormente eran *ad hoc*, como en la India. Las disposiciones que garantizan la transparencia son una condición previa para el diálogo regulador, mientras que las audiencias y los requisitos de razonamiento y reparación proporcionan y amplifican la voz. De hecho, volviendo a las visiones contendientes sobre la regulación, si bien las salvaguardias procesales son útiles para la preservación de la visión de la autonomía de la regulación son esenciales para la regulación entendida como colaboración⁶⁵.

Este enfoque plantea el desafío: si el estado regulador integra la política, los procedimientos de colaboración y las aspiraciones democráticas en la medida en que sugiere que podría, de hecho, se transforma en algo conceptualmente diferente, donde la etiqueta “Estado regulador” comienza a confundir en lugar de ayudar al análisis. El concepto de Estado de bienestar regulador amplía el alcance de la erudición tanto para la regulación como para el estado de bienestar. Nos permite dar sentido a las diversas combinaciones de responsabilidad y entrega entre el estado, la sociedad civil, los mercados y los individuos. El Estado regulador, argumenta Levi-Faur (2009: 184), “invierte en la elaboración de normas, el monitoreo y la aplicación a expensas de otros tipos de políticas, incluida la prestación de servicios, los subsidios y, más en general, la redistribución. Si bien todos estos cuerpos de trabajo pueden iluminar el carácter distintivo del sur global como una categoría generalizada, el tema común –es decir, un tema de asociación híbrida cada vez más compleja que cruza las líneas estado-mercado-sociedad civil– nos recuerda que es igualmente importante reconocer los límites de la supuesta división norte/sur”⁶⁶.

Braithwaite (2000) observa que este “nuevo Estado regulador” (en contraste con el “viejo” estado de comando y control de la era de la posguerra) utiliza una variedad mixta de nuevas herramientas, como sistemas de incentivos, convenciones, estándares, objetivos, mejores prácticas, evaluación comparativa, certificación y códigos voluntarios, formas de derecho blando negociado y otras técnicas colaborativas y receptivas, que sustituyen al comando y control directos. Estas transformaciones de la aplicación de la política social: el uso

⁶⁵ Dubash, Navroz, Morgan, Bronwen, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁶ Dubash, Navroz, Morgan, Bronwen, “*Understanding the Rise...*” *cit.*, p. 12-15.

de actores públicos y privados y medios regulatorios y fiscales... métodos de entrega, agrega tres estrategias de entrega adicionales al modelo tradicional de estado-proveedor de financiamiento y entrega estatal. Bajo estas estrategias adicionales para la provisión de bienestar, el estado hace más dirección que remo. Se basa en actores no estatales, voluntarios y comerciales para la prestación de bienestar social (un modelo también conocido como pluralismo de bienestar). Pero es importante señalar que la comercialización del bienestar social implica no sólo una entrada masiva de proveedores no estatales en la arena social, sino también una infusión de la lógica del mercado en la cultura de la provisión social⁶⁷.

El Estado puede proteger, promover y asegurar los derechos sociales utilizando una variedad de medios, y no solo proporcionando servicios directamente, sino financiando y/o regulando los servicios prestados por proveedores no estatales⁶⁸. El Estado regulador debería desempeñar un papel en la creación de condiciones para la deliberación política en lugar de desplegar la *expertise* tecnocrática apolítica. Por otra parte, cuando los reguladores operan en este terreno, no debe entenderse como algo ilegítimo, simplemente porque se aleja del diseño institucional basado en reglas⁶⁹. La noción de un espectro que varía desde las reglas a los acuerdos, brindando espacio para la negociación como un enfoque de la política regulatoria, tiene que enfrentar el desafío de distinguir la negociación legítima del abuso arbitrario del poder. Si bien esta es una manera más productiva de comprometerse con el auge del estado regulador en los países del sur que yuxtaponen directamente la elaboración de reglas con la redistribución, pone prudencia al protagonismo de los esfuerzos por comprender la dinámica del Estado regulador. Este énfasis se recoge en recientes investigaciones que exploran cómo la discrecionalidad en la regulación se despliega en el contexto de la aplicación y cumplimiento de la regulación social (a diferencia del diseño de instituciones y reglas en materia de regulación económica)⁷⁰.

La regulación social ofrece un sitio que es especialmente útil para explorar enfoques de la regulación menos tecnocráticos y más sensibles al contexto. Que puede decirnos una sensibilidad a la inclusión en la regulación respecto del cambio de las modalidades del estado más allá del neoliberalismo, puede ayudarnos a considerar el grado en que los esfuerzos de resocialización en América Latina podrían encontrar su camino de regreso al proceso de transferencia de políticas de tal manera que dichas políticas no transiten en una calle de

⁶⁷ Benish, Avishai and Levi-Faur, David, *op. cit.*, p. 15-17.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Morgan, Brownen, "De vuelta a la política..." *cit.*, p. 9 y 11.

⁷⁰ Morgan, Brownen, "De vuelta a la política..." *cit.*, p. 13.

una sola vía, sino de dos vías⁷¹. Los resultados del IRA no pueden entenderse centrándose en las agencias como unidades discretas que actúan de forma aislada de otras instituciones. En este espacio regulatorio, las instituciones son dinámicas, cambian y se adaptan a sus interacciones, definiendo el marco regulatorio que impacta la prestación de servicios esenciales. Un ecosistema nacional de instituciones y actores ya está en su lugar cuando se adoptan las IRA (como lo fueron, por ejemplo, en América Latina durante la década de 1990), y hay algún tipo de regulación que debe ser adoptada, transformada o reemplazada a través del trabajo de la IRA⁷².

La gramática profunda de la regulación que resultó de la interacción entre el IRA y el tribunal constitucional, que mezcló elementos de la práctica regulatoria estándar que busca la eficiencia y los derechos humanos, se convirtió en el nuevo sentido común regulatorio en el país⁷³. A medida que los IRAS se adaptan a su entorno, su lógica interna también se adapta, y esto transforma la gobernanza regulatoria. Más allá del enfoque de arriba hacia abajo de las mejores prácticas, la trayectoria de IRA también parece implicar la adaptación y el aprendizaje de otras instituciones siguiendo una lógica diferente. Esto puede sugerir que una forma de mejorar la prestación de servicios es ir más allá de las mejores prácticas y orientar la interacción y la adaptación que ya está ocurriendo a un proceso de experimentación más decidido.

Para las instituciones, el principal desafío a este nivel es la eficacia. La interacción interinstitucional puede obstaculizar la eficacia de la regulación dirigida a los actores privados. En el ejemplo de la gestión de residuos, el IRA adoptó un conjunto de reglas cuyo impacto se vio socavado por la intervención de un tribunal. Sin embargo, la interacción también podría reforzar la efectividad, al otorgar legitimidad a una institución débil (como fue el caso de la atención médica en Colombia) o al proporcionar un mecanismo de aplicación del que carecía el IRA, como el ejemplo de ACUMAR. El IRA se comporta como actores, y los tribunales establecen las reglas para su interacción. Cuando varias instituciones con mandatos superpuestos se comportaron estratégicamente y no lograron resolver un desafío ambiental, la Corte Suprema intervino para desarrollar reglas de coordinación⁷⁴.

⁷¹ Morgan, Brownen, "De vuelta a la política..." *cit.*, p. 21-22.

⁷² Véase, Urueña, René, "Courts and Regulatory Governance in Latin America. Improving Delivery in Development by Managing Institutional Interplay", *World Bank Legal Review*, vol. 6, 2015, p. 347-348.

⁷³ Véase, Urueña, René, *op. cit.*, p. 354.

⁷⁴ Véase, Urueña, René, *op. cit.*, p. 360-361.

Los posibles resultados normativos podrían incluir la creación de marcos constitucionales que restringen a los tribunales en su nuevo papel regulador, o exactamente lo contrario: abrazar el papel de los tribunales como actores en el espacio regulatorio y desarrollar un marco constitucional que establezca las condiciones para una forma totalmente nueva de regulación resultante de la interacción entre los tribunales y las agencias independientes. La interacción puede estructurarse de tal manera que se aproveche este proceso de aprendizaje: algunos de los esfuerzos discutidos en este capítulo parecen cercanos a las visiones experimentalistas de la gobernanza⁷⁵.

VII. LA ABDICACIÓN DEL IMPERIO DEL DERECHO POR LOS JUECES

Después de todo, la existencia de órganos de la Administración capaces de decidir y dar forma al derecho representaba una evidente amenaza para la noción de Imperio del derecho, que descansaba importantemente en la idea de que “[l]as Cortes son las capitales del Imperio del Derecho, y los jueces son sus príncipes”⁷⁶. En efecto, Vermeule apunta a lo que él ha caracterizado como un proceso de abdicación del derecho, esto es, un proceso en el que el derecho (según es creado por el Congreso y adjudicado por los jueces) se ha contraído para dejar mayor espacio de actuación a la Administración y, consistentemente, mayor deferencia a sus decisiones. En el mismo sentido, el advenimiento del Estado Administrativo significó que las cortes abandonaran sus pretensiones de injerencia sobre regulaciones de carácter social y económico, dejándolas en manos del aparato administrativo capacitado para el efecto. Para Vermeule esto responde a la romanización de las cortes y el *common law* que tanto Dworkin como sus seguidores fomentaron⁷⁷.

El problema es que hoy en día la formación de políticas públicas ha desplazado a la legislación como el medio principal de regulación social, mientras que las agencias han desplazado a los tribunales como el medio principal a través del cual esa regulación es aplicada. Bajo esta comprensión, los casos de ejercicio de facultades más comúnmente asociadas a un poder del Estado no resultan contrarios al principio de separación de poderes, sino precisamente funcionales al mismo, cuestión que permite dar cuenta de potestades comúnmente pacíficas para el constitucionalismo moderno. y es que el principio de separación de funciones, entendido en sus propios términos, tiene que ver con la correcta

⁷⁵ Véase, Urueña, René, *op. cit.*, p. 361.

⁷⁶ Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, 407, “Edward Rubin se suma a la crítica de quienes mantienen a la judicatura en el centro del estudio del derecho”, Véase, Rubin, E., “The Concept of Law and the New Public Law Scholarship”, en *Michigan Law Review*, vol. 89, N.º. 4, 1991, 803. Vermeule, A., *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2016, 3.

⁷⁷ Chible Villadangos, P., “En defensa de la potestad normativa de la Administración”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N.º. 51, enero-abril de 2022, 215-217.

manera de articular la gobernanza del Estado, que exige para ello la separación cualitativa de funciones estatales⁷⁸⁻⁷⁹.

De acuerdo con Luciano Parejo, esta caracterización de las piezas integrantes de la función ejecutiva, significa que el gobierno es siempre una instancia política-constitucional que actúa en el plano propio de las instituciones básicas del estado (ejecución directiva), con una función creativa y decisoria de configuración social en relación con los fines de la comunidad total y los medios para alcanzarlos, mientras que la administración pública –orgánica y funcionalmente– será siempre actuación administrativa (ejecución dirigida) que se justifica en los fines que le están previamente asignados, así como en determinados principios encaminados a la realización sistemática, eficaz y objetiva del interés general⁸⁰.

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Un buen ejemplo de cómo se ejerce control de la administración pública por los jueces, es la corte suprema chilena está compuesta por jueces generalistas viviendo en un mundo especializado (al menos en las dos áreas analizadas en este trabajo). Como hemos argumentado, independiente del juicio de valor que pudiera efectuarse respecto de dicha característica, ella debiera prima facie generarle a la corte incentivos a ser deferente con el decisor primario. Dado el carácter generalista de la corte, existe el peligro de que se cometan muchos errores en las decisiones. Si bien es cierto que el error decisonal, sea del tipo I o del tipo II, es inevitable, hemos indicado que es precisamente ésta una de las razones más utilizadas para crear especialización. El uso no deferente de los recursos elimina los beneficios de la especialización y, en última instancia, desvirtúa el sistema creado por el legislador.

Un buen ejemplo lo provee el tratamiento que se ha dado a algunas conductas en materia de libre competencia. Tradicionalmente, el enfoque adoptado por la corte en esta materia no ha estado dominado por las consideraciones de eficiencia que hoy resultan casi estándar a nivel mundial, sino por consideraciones vinculadas a la justicia redistributiva. De hecho, la corte ha sostenido expresamente que la sanción debe estar inspirada en el principio de culpabilidad⁸¹, y que la conducta debe ser “reprochable”, esto es, “un acto voluntario de naturaleza

⁷⁸ Waldron, J., *Separation of Powers in Thought and Practice*, cit., 433.34, *Ibíd.*, 434.

⁷⁹ Chible Villadangos, P., “En defensa de la potestad normativa de la Administración”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N° 51, enero-abril de 2022, 204-206.

⁸⁰ Casarin León, Manlio Fabio, *Constitución, Administración Pública y derechos fundamentales*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 54.

⁸¹ Corte Suprema, FNE y Banco de Chile con Falabella y otros, Rol 2339- 2008, sentencia del 13 de agosto del 2008, C. 17°.

ilegal debido a su desacuerdo con las normas establecidas en la ley para la protección de la libertad que debe existir para competir en los mercados”⁸².

Asimismo, el principio de proporcionalidad también ha jugado un rol muy relevante en la jurisprudencia de la corte en esta materia. Con todo, hay signos positivos de un avance hacia una visión más económica, donde la corte acepta una visión más consecuencia basada en la disuasión y la eficiencia⁸³. Existen diversas formas de restringir estos peligros. Dos son las que han recibido mayor atención en el derecho nacional. Podría intentarse un cambio en la estructura de los tribunales especializados, incorporando a un miembro de la corte suprema o, como alternativa de “segundo-mejor”, de alguna corte de Apelaciones dentro de la composición del tribunal, de modo que la revisión incorpore el pensamiento o política de derecho general de la corte y exista, como contrapartida, un cierto grado de deferencia con las decisiones de un “par”.

Para que un sistema institucional pueda operar de una manera eficiente en un marco de legitimidad debe dar una respuesta unívoca a dos cuestiones que –lamentablemente; quizá por su diversa naturaleza (orgánica una, sustancial, la otra)– suelen ser resueltas de manera separada por los ordenamientos jurídicos y la literatura especializada: las características institucionales del órgano revisor de una decisión y el ámbito (o estándar) de revisión. Desde una perspectiva de buen diseño institucional, este último debiera ser creado “a la medida” de las primeras. Sunstein y Vermeule se basan en el concepto de Fuller de una moralidad interna del derecho administrativo. En consecuencia, las preocupaciones basadas en el Estado de derecho pueden ser contrarrestadas, *Sunstein y Vermeule* argumentan, en lugar de a través de la invalidación total o la revisión sustantiva agresiva, mediante un conjunto de principios procesales sustitutos judicialmente legibles⁸⁴. El papel de estas salvaguardas sustitutas indirectas o esenciales es “canalizar la discreción de la agencia” y garantizar que “las declaraciones oficiales de las agencias sean congruentes con sus motivaciones y comportamiento reales”. Estas salvaguardas sustitutas son elaboraciones de la “lógica procesal implícita del derecho administrativo”⁸⁵.

⁸² Corte Suprema, Voissnet con Empresa de Telecomunicaciones de Chile S.A., Rol 6236-2006, sentencia del 4 de julio de 2007, C. 29º.

⁸³ Por ejemplo, Corte Suprema, FNE contra Compañía Chilena de Fósforos S.A., Rol 277-2010, sentencia del 2 de junio de 2010, C. 22º (indicando que la multa debe imponer [al defendido] costos mayores al beneficio esperado por haber impuesto barreras artificiales de entrada al mercado).

⁸⁴ Cass R., Sunstein y Adrian, Vermeule, *Law & Leviathan, Redeeming the Administrative State*, Harvard University Press, 2020, p. 12.

⁸⁵ Cass R., Sunstein y Adrian, Vermeule, *Law & Leviathan, Redeeming the Administrative State*, Harvard University Press, 2020, p. 18.

No imponen límites de procedimiento rígidos a las agencias, sino que simplemente requieren que las agencias independientes proporcionen una explicación razonable de sus opciones de procedimiento y de otro tipo, conectándolas con sus objetivos programáticos subyacentes. Si bien las agencias deben gozar de una autoridad expansiva, esas salvaguardas revisables aseguran que las declaraciones oficiales de las agencias sean congruentes con sus motivaciones y comportamiento reales: "las justificaciones declaradas no deben ser imposibles de cuadrar con el comportamiento real de los funcionarios que las declaran"⁸⁶.

Los tribunales, de acuerdo con este enfoque neocumeriano, "a menudo lo hacen mejor pidiendo a las agencias que justifiquen sus elecciones, teniendo en cuenta la incertidumbre del entorno político relevante". Estas salvaguardas equivalen a "controles y límites supervisados judicialmente que promueven la fidelidad a la ley y que requieren justificaciones razonadas"⁸⁷. De hecho, la afirmación de Sunstein y Vermeule es que el cumplimiento del derecho administrativo con los principios fullerianos es constitutivo de legalidad y, por lo tanto, ayuda a legitimar el estado administrativo. Dado el telón de fondo de profundos y persistentes desacuerdos sobre el estado administrativo moderno y su legitimidad, que Sunstein y Vermeule toman como punto de partida, esta última afirmación plantea la cuestión de por qué la moralidad del derecho administrativo es diferente del derecho constitucional. Los desacuerdos sobre el estado administrativo, por supuesto, se traducirán en desacuerdos contextuales sobre el significado aplicado interminablemente controvertido del término "salvaguardas sustitutas" como parte de la moralidad interna del derecho (administrativo).

El relato neo-fulleriano invita a la pregunta de si el recurso a un concepto de una moralidad interna de la ley es necesario en un enfoque que se centra en la justificación razonada. Una crítica democrática afirma que el significado aplicado de la moral interna del derecho administrativo no puede permanecer externo al proceso de justificación razonada en sí mismo⁸⁸⁻⁸⁹. A pesar de las importantes diferencias de enfoque teórico, de manera similar, pero sin referencia a una moral interna del derecho, también Sable y Kessler, desde el punto de vista del experimentalismo democrático, insiste en que, bien entendido, tanto

⁸⁶ Cass R., Sunstein y Adrian, Vermeule, *Law & Leviathan, Redeeming the Administrative State*, Harvard University Press, 2020, p. 140.

⁸⁷ Sunstein and Vermeule, 2020, pp. 3, 17 f. 43 Sunstein and Vermeule, 2020, p. 144.

⁸⁸ Recall the famous critique by J. Shklar 1964/1986, p. xii, of Fuller's vision of an inner morality of law, even when broadened to include meeting the expectations of the citizenry at large: "Its standards could be met by any rigid bureaucratic regime as long as its repressions were not random and the expectations of its unfortunate citizens were small".

⁸⁹ Jeremy Kessler, Charles Sabel, *The Uncertain Future of Administrative Law*, *Daedalus* 2021, 150 (3), p. 200.

la revisión del proceso como el derecho administrativo interno... puede mejorar los incentivos para dar razones sólidas. La revisión del proceso alienta a las agencias a reconocer la incertidumbre y gestionarla de manera razonable en un interregno donde las relaciones principal-agente y las autoridades jerárquicamente ordenadas ya no pueden confiarse en la acción administrativa legítima”⁹⁰.

El tribunal de revisión debe monitorear si “las decisiones de la agencia en forma de orientación están bien consideradas, responden a las objeciones y son consistentes con las explicaciones a priori del comportamiento de la agencia y las presunciones regulatorias previamente establecidas” y si “la agencia ha reconocido sus salidas (o negativas a cambiar de rumbo) y si ha dado razones plausibles para sus elecciones”⁹¹. En el curso de la revisión del proceso, a medida que las agencias se involucran en un proceso justificativo, el tribunal de revisión desarrollará gradualmente estrategias de deferencia hacia la “calidad persuasiva de la toma de decisiones de la agencia...”. La revisión del proceso, tanto en la variante neo-fuleriana como en la experimentalista democrática, va más allá de la deferencia judicialmente quietista de los tribunales a los órganos de expertos apolíticos, y puede caracterizarse como una mejora de la justificación, donde el significado de las buenas razones nunca se da ex ante, sino que solo puede establecerse poco a poco en el propio proceso de dar razones.

La revisión del proceso tiene una estructura incierta. Por un lado, implica un retroceso de la supremacía judicial, pero no se derrumba en la mera aquiescencia en respuesta a una mayor incertidumbre y disenso moral, por el otro. La revisión del proceso responde a las preocupaciones sobre el Estado de derecho y la discrecionalidad administrativa a través de salvaguardias indirectas y procesales, imponiendo requisitos de justificación razonada, en lugar de a través de la invalidación total o la revisión sustantiva agresiva. La revisión del proceso no impone límites de procedimiento rígidos al BCE objeto de revisión, pero requiere explicaciones razonables para las decisiones políticas independientes del BCE preguntando si el análisis de proporcionalidad móvil del BCE responde a las objeciones y es coherente con sus compromisos sustantivos programáticos declarados públicamente. El TJUE puede rutinizar el proceso de análisis de proporcionalidad del BCE supervisando si existe un historial coherente de pruebas de autorrevisión e indicando dónde recae la carga de la prueba y en respuesta a qué preocupaciones.

⁹⁰ Jeremy Kessler, Charles Sabel, *The Uncertain Future of Administrative Law*, *Daedalus* 2021, 150 (3), p. 200.

⁹¹ Jeremy Kessler, Charles Sabel, *The Uncertain Future of Administrative Law*, *Daedalus* 2021, 150 (3), p. 199.

Lo que puede contar como un “razonable” en términos de justificación también se ve influenciado por la negociación constitucional-pluralista en curso entre el TJUE y la BVG, que conecta el requisito de la justificación razonada con las preocupaciones democráticas que surgen de las circunscripciones nacionales. El marco de justificación de esta manera se extiende a través del tiempo a través de los tres actores, incluido el público nacional y europeo en general. La “moral interna del derecho” y el experimentalismo democrático dependen de los correspondientes compromisos éticos colaborativos. La idea de un “nosotros” significativo puede parecer esquiva y ciertamente, como les advertí al principio, especulativa. La negociación colaborativa puede salir mal. Pero si estamos de acuerdo en algo, debería ser que ningún participante institucional en el diálogo a tres bandas TJUE/BCE/BVG pueda lograr nada sin la ayuda y la colaboración de los demás.

IX. EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO

Diferenciar la exigibilidad y justiciabilidad es un punto de partida idóneo para plantear una reestructuración de las obligaciones estatales que pueda conciliar todas las condiciones que requiere la implementación de los derechos sociales (progresividad, programación, financiación y desarrollo institucional). Cuando estos presupuestos normativos no sean debidamente cumplidos las cortes podrán y deberán promover su justiciabilidad con los mecanismos coercitivos de su ejercicio⁹². Paz afirma que la justiciabilidad forma parte de la categoría denominada exigibilidad porque ésta contempla garantías de protección y cumplimiento obligatorio (jurisdiccionales) y garantías administrativas (de política pública) que promueven condiciones para acceder al bien jurídico social que no se puede obtener. Paz también afirma que la garantía jurídica de los derechos es insuficiente si no existe suficiencia de argumentación e intervención proactiva de la judicatura y de otros órganos políticos involucrados⁹³.

Si bien es cierto que los derechos sociales requieren diversos medios para su satisfacción, incluso desde la objetividad constitucional, considero que existe confusión terminológica entre la creación de bienes y la creación de condiciones para su acceso. Sin embargo, la dependencia de factores exógenos de los derechos sociales (tanto de los políticos y civiles) es, ciertamente, una condición real para su aplicación, ya que cualquier derecho

⁹² De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y Justiciabilidad de los Derechos Sociales, Estudio Comparado Internacional y Leading Cases a través del Juicio de Amparo en México*, México, Porrúa, 2016, p. 96.

⁹³ De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y Justiciabilidad de los Derechos Sociales, Estudio Comparado Internacional y Leading Cases a través del Juicio de Amparo en México*, México, Porrúa, 2016, p. 94.

necesita estructuras administrativas, instituciones y presupuestos⁹⁴. Por otro lado, la praxis de los derechos sociales no implica la preexistencia de bienes jurídicos pues sería tanto como confundir su contenido y bienes protegidos con las condiciones –fácticas, políticas o normativas– para acceder a tales bienes. Este acceso implica que diversos actos estatales concurren para construir, ampliar y consolidar las condiciones materiales de la existencia.

La articulación de las razones de oportunidad y de eficiencia, y los juicios de prudencia que éstas implican, constituyen el problema central del diseño de la integración de la esfera de la discrecionalidad política y administrativa dentro del orden constitucional. Por ello, la especificación de los criterios mediante los cuales imputamos las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de los deberes dentro de tal esfera debe estar en el eje de una teoría completa y bien estructurada del constitucionalismo que, desde luego, no es posible siquiera esbozar en este contexto. Sin embargo, creo que se puede concluir provisionalmente que no sólo la especificación de los estándares de conducta provenientes de las directrices ayuda a esclarecer el significado de la constitucionalización plena del orden jurídico, sino que constituye un buen punto de partida para entender mejor cómo puede llegar a operar el control constitucional del ejercicio de la discrecionalidad política y administrativa en un constitucionalismo robusto que, como he apuntado, no tiene por qué hacer propios los presupuestos teóricos, ideológicos y metodológicos del neoconstitucionalismo, sino que se justifica sobre la base de las propias condiciones de posibilidad del contenido de la Constitución.

Esto es así porque, a diferencia de las distintas perspectivas de la relación entre el derecho y el desarrollo económico en términos instrumentales y de las objeciones del instrumentalismo provenientes del neoconstitucionalismo, que coinciden en describir las funciones de la Constitución en relación con sus efectos en otros sistemas sociales, bien sea moral o económico, la idea de orden constitucional que estoy tratando de formular penetra en el diseño institucional (organizacional y procedimental) de los sujetos normativos de las directrices (poderes públicos), exigiendo la justificación de cada decisión discrecional a la luz de las propias condiciones de posibilidad del cumplimiento de las obligaciones prescritas por la Constitución.

Dicho en otros términos, la exigencia de que los poderes públicos tengan una organización y establezcan procedimientos tales que en el ejercicio de sus facultades discre-

⁹⁴ De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y Justiciabilidad de los Derechos Sociales, Estudio Comparado Internacional y Leading Cases a través del Juicio de Amparo en México*, México, Porrúa, 2016, p. 24.

cionales tomen decisiones oportunas y eficientes para el cumplimiento de sus responsabilidades —i.e., deberes prescritos por directrices— no tiene su fundamento, ni en razones dependientes de su relación contingente con el crecimiento económico, ni razones sustantivas dependientes, en última instancia, de un valor moral, sino en razones “pragmáticas” (Lindblom, 1979); y (Llewellyn, 1940). algunas de sus características retomando las “buenas prácticas” constitucionales a las que antes me refería como condiciones del “imperio de la ley” y, más concretamente, a su proyección como condiciones de una conducta “racional” en las economías de mercado: previsibilidad; seguridad, competencia, bajos costos de transacción, etcétera.

Así pues, es importante empezar a reflexionar una teoría inscrita en el ideal consistente en que cuando una economía se configura fundamentalmente como un sistema de mercado, existe al menos una “tercera vía” para justificar la práctica del Estado de derecho a la luz de su importancia para el desarrollo económico. Insisto, al no adoptar un punto de vista externo, esta “tercera vía” no hace suya una concepción instrumentalista del derecho, pero, al no adoptar un punto de vista moral, tampoco condiciona el estatus normativo al valor intrínseco (constitucional-moral) de las prácticas o a su relación necesaria con la satisfacción de derechos fundamentales. Se trataría de una vía de fundamentación técnico-instrumental de los argumentos constitucionales cuya pertinencia depende fundamentalmente, como veremos, de su vinculación con los rasgos institucionales de los sujetos típicamente obligados por directrices: los poderes públicos.

Como solución Isaac de Paz, se vislumbra la reconstrucción de la eficacia de la sentencia de amparo indirecto implica la eficacia del medio más usual del control constitucional. Considero que las sentencias necesitan aumentar su capacidad expansiva y promover la eficacia erga omnes⁹⁵. En su análisis sobre los fallos de derechos sociales, Rodríguez Garavito sostiene que, además de los efectos materiales directos, se deben considerar consecuencias más generales que suponen efectos indirectos y simbólicos igual de importantes, y que puedan mejorar los efectos de coordinación, desbloques burocráticos, coordinación institucional, y más participación de la sociedad y sectores específicos con un encuadre de derechos humanos⁹⁶. Estas directrices proponen un modelo más eficiente que sirve de pe-

⁹⁵ De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y Justiciabilidad de los Derechos Sociales, Estudio Comparado Internacional y Leading Cases a través del Juicio de Amparo en México*, México, Porrúa, 2016, p. 449.

⁹⁶ Rodríguez Garavito, Cesar, “El activismo dialógico y el impacto sobre los fallos de derechos sociales”, en Gargarella, *Por una justicia dialógica*, p. 216, 223, 229; por otra parte, muestra la debilidad de las sentencias, pero afirma si bien no se lograron las transformaciones ambiciosas ordenadas por los tribunales (debido a la oposición del sector financiero en el caso de las sentencias sobre el financia-

dagogía para que el amparo mexicano favorezca con mayor amplitud los derechos sociales. Hace falta la valentía de los jueces constitucionales para reorientar nuestra máxima institución procesal constitucional para hacer uso de las herramientas teóricas y metodológicas sin temor a formalismos que hacen nugatoria su plena efectividad.

Isaac de Paz pone en la mesa, que la dimensión normativa de la Constitución, relativa a la organización económica, define el tipo de intervención del estado sobre la economía debe sujetarse al interés general, Artículo 25 de la CPEUM. El texto constitucional ordena la planeación económica bajo estándares democráticos y el uso de los recursos naturales como bienes públicos. Su importancia en el derecho público, como parte de la coherencia constitucional, radica en el poder de la Constitución para expresar mediante normas las aspiraciones del pueblo y el acceso a los bienes públicos como principios estructurales en los que se desarrolla la vida social. Por ello, la reflexión y el abordaje en la SCJN, no puede debilitar la fuerza normativa de los derechos sociales que implican revisión de decisiones económicas y de proyectos que afecta el ambiente⁹⁷.

Sabel y Simon sostienen que un tribunal experimentalista democrático podría prestar su poder institucional para desestabilizar posiciones arraigadas, especialmente las de funcionarios estatales o burocracias que antes eran inmunes a la rendición de cuentas electoral o a la exposición de litigios. Esta concepción considera a los DESCAs como derechos de desestabilización más que derechos formales, es decir, sirven para proteger el interés de los ciudadanos en romper la organización a gran escala o las amplias áreas de práctica social que permanecen cerradas a los efectos desestabilizadores del conflicto ordinario y así sostener jerarquías aisladas de poder y ventaja avaladas por Sabel y Simon⁹⁸.

Si bien, el experimentalismo democrático ofrece respuestas innovadoras a las preocupaciones sobre la adjudicación de los DESCAs identificadas anteriormente. Para eliminar las objeciones democráticas al control judicial, se debilita la firmeza normativa de las decisiones judiciales; así como uno contrarresta las ineficiencias regulatorias del mando y el control al reducir el fin de las decisiones de las instituciones gubernamentales, y se evita la entrega descendente de bienes y servicios sociales dispersando la toma de decisiones

miento a la vivienda en Colombia) sí supone una reconstrucción de la teoría y de la práctica sobre las intervenciones de los tribunales en problemas socioeconómicos estructurales, p. 231.

⁹⁷ De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y Justiciabilidad de los Derechos Sociales, Estudio Comparado Internacional y Leading Cases a través del Juicio de Amparo en México*, México, Porrúa, 2016, p. 500.

⁹⁸ Sandra, Liebenberg and Katharine, G. Young, "Adjudicating social and economic rights: can democratic experimentalism help?", en Alviar, García, H., Klare, K., Williams, L. (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice, Critical Inquiries*, Londres, Routledge, 2015, p. 240.

centralizada. Sin embargo, el peligro en este enfoque es que los procesos localizados, de abajo hacia arriba y deliberativos no se fortalecerán lo suficiente mientras se debilita el poder “igualador” de los tribunales. Este peligro es particularmente crítico en el contexto de la adjudicación de DESC, ya que, por definición, los reclamantes carecerán de los recursos para una participación efectiva, de modo que, al no abordar adecuadamente los desequilibrios de poder entre las partes, se compromete profundamente el potencial de la adjudicación experimentalista.

Sandra Liebenberg and Katharine G. Young nos dicen que el experimentalismo democrático no debe considerarse como una receta completa para el cambio social, sino como un conjunto de arreglos institucionales que pueden ser más o menos adecuados para generar cambios progresivos en diversos contextos. Puede formar parte de una gama ecléctica de tácticas para movimientos sociales, comunidades marginadas y otras formas de organización social y para tribunales en el diseño de revisiones y recursos. Muchos de los problemas que acosan al experimentalismo democrático son comunes a otros modelos deliberativos de observancia de los derechos, donde la igualdad de desigualdad es a la vez una condición previa para comenzar y un objetivo final⁹⁹.

A propósito de lo anterior, David Bilchitz, dice que no se deben confundir la determinación del contenido (la cuestión del “qué”) con consideraciones institucionales relativas a la separación de poderes (la cuestión “quién”). Ya sea el legislador, el ejecutivo o el poder judicial el que proporciona ese contenido (y no hay razón para ver la interpretación de los derechos como la única reserva del poder judicial, incluso si se adopta una visión más amplia de sus competencias), la institución que lo hace debe centrarse en el interés que los derechos están diseñados para proteger, lo que debe condicionar lo que se puede hacer y quién está obligado a hacerlo. En ese caso, la propia situación y naturaleza de los derechos fundamentales dentro de un sistema constitucional proporciona razones por las que el poder judicial no debe externalizar esa función interpretativa a otras ramas, qué derechos constitucionales son y por qué protegen, proporcionan las razones por las que el poder judicial debe ser encargado de darles contenido¹⁰⁰.

⁹⁹ Sandra, Liebenberg and Katharine G., Young, *Adjudicating social and economic rights: can democratic experimentalism help?*, en Alviar García, H., Klare, K., Williams, L. (eds.) *Social and Economic Rights in Theory and Practice*, Critical Inquiries, Londres, Routledge, 2015, p. 254-255.

¹⁰⁰ Bilchitz, David, *Towards a defensible relationship between the content of socioeconomic rights and the separation of powers: conflation or separation*, *The evolution of the separation of powers between the Global North and Global South*, Bilchitz, David and Landau, David (eds.), UK, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 83.

Comprender esta clave para reconocer por qué el análisis de los derechos fundamentales necesita una consideración independiente, al tiempo que se reconoce que, al determinar obligaciones concretas, una serie de consideraciones centradas en los agentes sí entran en escena. Uno de estos factores relevantes centrados en agentes debe ser cuestiones relacionadas con la separación de poderes, pero éstas deben guiarse por el contenido de los derechos que se desarrollan. El objetivo de las estructuras institucionales debe ser garantizar que se cumplan los derechos fundamentales de las personas. Para ello, debemos evitar fechitizar estas estructuras y garantizar que se otorguen a los derechos la atención que merecen¹⁰¹.

A la luz de los atributos positivos y negativos del núcleo mínimo y la razonabilidad, si bien sus contradicciones son claras, también convergen. Por ejemplo, las normas, al menos las desarrolladas por el PIDESC, comparten claramente elementos clave, incluidos la instancia a los Estados de adoptar medidas deliberadas, concretas y específicas para cumplir las obligaciones, cumplir con los principios de no discriminación e igualdad, priorizar a los más vulnerables y cumplir una elevada carga de prueba en el caso de la no asignación de recursos¹⁰².

Una norma convincente que combina implícitamente aspectos clave del núcleo mínimo y de la razón es la motivación sustantiva. Los comentaristas que anteriormente apoyaban el núcleo mínimo se han alejado de la formulación rígida del núcleo mínimo, al tiempo que siguen haciendo hincapié en la importancia de comprometerse con el contenido de los derechos como una forma de hacer que la adjudicación sea valiosa para aquellos que sufren violaciones de sus derechos, especialmente los más vulnerables¹⁰³.

Liebenberg ha propuesto la noción de examen sustantivo de la motivación que permite una mayor participación y deliberación en la interpretación del PIDESC. Este modo de examen también conservaría “las características del enfoque básico mínimo que requiere un mayor escrutinio de los actos y omisiones que dan lugar a una negación de las necesida-

¹⁰¹ Bilchitz, David, *Towards a defensible relationship between the content of socioeconomic rights and the separation of powers: conflation or separation, The evolution of the separation of powers Between the Global North and Global South*, Bilchitz, David and Landau, David (eds.), UK, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 84.

¹⁰² Chowdhury, Joie, “Unpacking the minimum core and reasonableness standards”, *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Dugard, J., Porter, B., Ikawa, D., & Chenwi, L. (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2020, p. 270-271.

¹⁰³ Chowdhury, Joie, *Unpacking the minimum core and reasonableness standards, Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Dugard, J., Porter, B., Ikawa, D., & Chenwi, L. (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2020, p. 272.

des básicas” e “incluiría una interpretación más basada en principios y sistémicas del contenido de los diversos derechos socioeconómicos, los valores en juego en casos particulares y el impacto de la denegación del acceso a esos derechos en el grupo reclamante”¹⁰⁴.

Liebenberg hizo hincapié en que los tribunales deberían comprometerse primero con el contenido de los derechos y el contexto y las implicaciones de la supuesta violación, y evitar pasar rápidamente a considerar los argumentos justificativos de los Estados. Para llevar esto aún más lejos, Pieterse añade que puede ser importante en el contexto de este enfoque separar la interacción con el contenido de un derecho, de la cuestión de si las medidas destinadas a cumplir las obligaciones correspondientes son razonables en consonancia con ese contenido. Es evidente que no tiene por qué ser un enfoque básico mínimo en sí mismo, en cambio, una “deliberación específica del contexto, abierta y flexible sobre el contenido de derechos específicos, sus límites y la idoneidad de los remedios sugeridos para su remediación pueden, en última instancia, enriquecer el diálogo deliberativo sobre la traducción de los derechos socioeconómicos”¹⁰⁵.

El enfoque de razonabilidad sustantiva tiene por objeto apoyar un enfoque dialógico de la interpretación de los derechos. El enfoque dialogado intenta democratizar los procesos institucionales (como la revisión judicial) a través de los cuales se interpretan los derechos. El enfoque dialogado se encuentra bien en el contexto de adjudicación tanto en las fases de litigio como de implementación, ya que permite la participación de múltiples perspectivas contributivas (por ejemplo, estas pueden incluir las opiniones de las personas y comunidades afectadas, los actores gubernamentales, juristas, actores de la sociedad civil, jueces y expertos) y es un salvamento relativamente democrático dados los diferenciales de poder entre, por ejemplo, aquellos que enfrentan violaciones de derechos y actores institucionales¹⁰⁶.

Los jueces son intérpretes calificados de derechos y están posicionados para “corregir los problemas ocasionados por ‘puntos ciegos’ legislativos o cargas de inercia”, pero los jue-

¹⁰⁴ Chowdhury, Joie, “Unpacking the minimum core and reasonableness standards”, *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Dugard, J., Porter, B., Ikawa, D., & Chenwi, L. (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2020, p. 272.

¹⁰⁵ Chowdhury, Joie, “Unpacking the minimum core and reasonableness standards”, *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Dugard, J., Porter, B., Ikawa, D., & Chenwi, L. (eds.). Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2020, p. 272.

¹⁰⁶ Chowdhury, Joie, “Unpacking the minimum core and reasonableness standards”, *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Dugard, J., Porter, B., Ikawa, D., & Chenwi, L. (eds.). Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2020, p. 272-273.

ces no son las únicas voces clave en estas deliberaciones, y las preocupaciones contrapuestas, son uno de varios factores para que los jueces desempeñen un papel fiel a un régimen digno de legitimidad en términos de Michelman, en la interpretación de los derechos y la formulación de políticas involucradas. Este enfoque dinámico es evidente en TAC y Grooboom, y, como se ha visto anteriormente en los casos en India, Alemania, Colombia y Nueva York¹⁰⁷, los tribunales han adoptado el enfoque dialogado junto con el estándar básico mínimo. En cualquier caso, es importante en este enfoque de diálogo asegurarse de que incluye las voces de aquellos que han enfrentado violaciones de sus derechos, especialmente si se trata típicamente de voces marginadas.

Si bien un enfoque de combinación implícito de alguna forma parece ideal, y tendría que adoptarse en la armonización con muchas otras normas en la zona, a partir del examen de las dos normas, el núcleo mínimo y la razonabilidad, lo que surge claramente es que independientemente de cómo, o si se utilizan estas normas; en toda la adjudicación de derechos económicos, sociales y culturales, es esencial comprometerse con el desarrollo normativo del contenido, y un riguroso escrutinio de las justificaciones estatales en relación con el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos¹⁰⁸.

En cuanto a los enfoques de litigio, también es importante adoptar un enfoque más flexible en cuanto a qué norma de control instar al tribunal a aplicar, utilizando normas procesales y sustantivas apropiadas para la jurisdicción de cualquier tono, como lo exigen las circunstancias fácticas particulares de cada caso concreto¹⁰⁹. Liebenberg ha escrito que los tribunales deben “permanecer abiertos a una interpretación nueva e innovadora de los derechos socioeconómicos que protejan mejor los intereses y valores que sustentan estos derechos”, aunque “esto puede implicar una medida de sacrificio de los ideales de estabilidad y certidumbre”¹¹⁰.

¹⁰⁷ Algunos casos clave incluyen: *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity v State of West Bengal* (1996) AIR SC 2426, 2429; *People's Union for Civil Liberties v Union of India & Ors* (2001) 7 Scale; *Hartz IV* 1 BVL 1/09 (German Federal Constitutional Court 2010); *Campaign for Fiscal Equity v State of NY* (2003) 100 N.Y. 2d 893; T-760/2008, 94 Colombian Constitutional Court.

¹⁰⁸ Chowdhury, Joie, “Unpacking the minimum core and reasonableness standards”, *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Dugard, J., Porter, B., Ikawa, D., & Chenwi, L. (eds.). Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2020, p. 274.

¹⁰⁹ Tara J. Melish, ‘Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas’ (2006) 39 JILP 1, 31.

¹¹⁰ Marius, Pieterse, “On ‘Dialogue’, ‘Translation’ and ‘Voice’: A Reply to Sandra Liebenberg”, in Stu, Woolman and Michael, Bishop (eds.), *Constitutional Conversations* (PULP 2008) 331, 347.

X. CONCLUSIONES

Como conclusión, vale la pena resaltar que un estado comprometido con la evolución del derecho administrativo, y la teoría de la sociedad del riesgo, requiere mantener y aumentar la relevancia de su infraestructura jurídica y política, a fin de que pueda continuar sistematizando las necesidades de la sociedad, del disfrute de las condiciones de vida digna, privilegiando aquellas que resulten urgentes o básicas para la subsistencia, pero a la vez que las instituciones obligadas a cumplirlas, orienten su actuación, permanentemente por las coordinadas *iusfundamentales* que fijan los límites, los alcances y las expectativas legítimas de la población en un estado democrático. Una de las condiciones de las que depende la verdadera eficacia del sistema jurídico, es la capacidad de conciliar y armonizar los valores del Estado Constitucional, y las condiciones de operación del Estado administrativo contemporáneo, específicamente en el contexto que es denominado “sociedad global del riesgo” cuyas características son: transformación, riesgo, adaptación, incertidumbre, cambio, inestabilidad, crisis económica, minorías, crisis social.

En suma, las tareas de la administración son cada vez más complejas, no solo porque requieren un mayor grado de especialización técnica, sino también porque afectan a problemas cuya solución requiere un elevado grado de coordinación entre los diversos intereses afectados y los múltiples niveles de administración existentes. Este tipo de complejidad es característica de diversos sectores de referencia del derecho administrativo altamente globalizados, como el medio ambiente, la alimentación, la energía o los mercados financieros. En otros sectores, aparentemente menos afectados por la globalización, como el de los servicios sociales o servicios a las personas, la administración debe hacer frente a una complejidad distinta, derivada de la necesidad de dar respuesta a un número creciente de demandas en un contexto caracterizado por la escasez y los recortes derivados de la crisis económica, social e incluso de seguridad.

La paradoja del aumento de demandas en tiempos de escasez, espoleada por el mantra de la eficacia, está dando lugar a la búsqueda de nuevas estrategias de regulación por parte de la administración, que generan, a su vez, nuevas contradicciones. Así, es claro que, frente a la velocidad de los cambios tecnológicos, económicos y sociales en la vida pública, se requiere de un órgano capaz de tomar decisiones ajustadas al marco constitucional. De ahí, se puede concluir, en principio, que el incremento de medidas formalmente administrativas, pero materialmente legislativas, puede implicar una sustitución o erosión de la libertad de la configuración legislativa. Esto obedece a una cuestión práctica o mejor dicho

de eficacia, pues en la medida que la autoridad administrativa está en una posición que le permite responder con mayor celeridad a los cambios y necesidades de la sociedad, que vale apuntar, son constantes y cada vez más diversificados, vemos como es que el principio de legalidad y seguridad jurídica, empieza sistemáticamente a disminuir; sin embargo, ello no está exento de tensiones normativas a la luz del principio de división de poderes, pues ciertamente, las funciones administrativas deben ajustarse a su vez, al marco constitucional y convencional articulado primordialmente por valores como la dignidad inherente a cada persona, la igualdad de trato ante la ley, y libertad para adoptar y desarrollar el plan de vida de acuerdo a la convicción moral propia; estos son valores, o también dicho principios *iusfundamentales*, cuyo efecto útil, justifica la existencia del estado administrativo contemporáneo.

En efecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo en Revisión 109/2019, sostuvo que existe un margen de apreciación a favor del Ejecutivo para introducir medidas técnicas, conforme a racionalidades especializadas, el cual es propio del dinamismo de una fuente administrativa, que busca afrontar con agilidad cambios en las condiciones económicas y ambientales y que, por tanto, pueda producir cambios normativos más rápidos que la fuente legislativa. Lo que puntualiza la Suprema Corte, dicho de otra forma, es que el estándar de escrutinio que permita equilibrar, tanto el principio tradicional de reserva de ley, como la actuación del poder ejecutivo, debe ser apto para conciliar los valores que permitan la continuidad de la relevancia del Estado de derecho, en especial del sistema de pesos y contrapesos como forma de tutela de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esto revela a su vez, la necesidad de contar con jueces, cuyas facultades se guíen por herramientas conceptuales robustas, que permitan dimensionar los alcances e implicaciones dentro del Estado de derecho, de factores que caracterizan al estado administrativo contemporáneo en el paso a su consolidación como Estado Regulador –transformación, riesgo, adaptación, incertidumbre, cambio, inestabilidad, crisis económica, minorías, crisis social–.

En este panorama, la interrelación del estado administrativo de derecho con los derechos humanos, la competencia económica, las telecomunicaciones, el derecho energético y el derecho ambiental, desde luego, condicionan la validez de los actos administrativos de forma diferenciada, y que dicho sea, escapa del entendimiento tradicional del análisis del acto administrativo; de modo que, resulta necesario contar con un estándar de revisión constitucional apropiado, justamente para equilibrar la función del juez, la actuación del

poder ejecutivo y, a su vez, sea apto para conciliar los valores que inspira al texto Constitucional, así como los Tratados Internacionales suscritos por el Estado Mexicano. La Suprema Corte ha venido construyendo ya desde la Controversia Constitucional 117/2014, lineamientos para este trayecto hacia la consolidación del Estado regulador.

Frente al referente de lo sintetiza la concepción de “sociedad global del riesgo”, es que resulta necesario reformular nuestro entendimiento del nuevo derecho administrativo, cuyos elementos conceptuales, permitan entender, pero sobre todo poner a disposición de los jueces y las partes involucradas en los problemas litigiosos, desde el punto de vista de la justicia constitucional, herramientas como por ejemplo, la metodología consistente en el escrutinio de razonabilidad administrativa, que se ocupa de la tarea de identificar los puntos de balance óptimos en las relaciones normativas del Congreso de la Unión y los órganos reguladores del estado; pero también, como se debe articular o compatibilizar con el estándar para fijar los alcances de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, propiamente, esto es, la progresividad y el criterio del máximo de recursos disponibles que ha sido desarrollado por el Comité DESC.

Desde el punto de vista de la justicia constitucional, surgen problemas de derecho procesal no sólo de acceso a la información, participación pública o acceso a la justicia libre de formalismos, sino también que se proyectan sobre la concepción y alcance de la Democracia Constitucional. De ahí que, con la propuesta de este trabajo, se busca reconstruir una teoría para el nuevo derecho administrativo, capaz de responder a las aporías en la gestión de las políticas públicas, que se encuentra dirigida por una lógica anacrónica del derecho administrativo. La ejecución de políticas públicas, dentro de una sociedad del riesgo, requieren un mayor grado de especialización técnica, porque afectan a problemas cuya solución requiere un elevado grado de coordinación entre los diversos intereses afectados y los múltiples niveles de administración existentes ineludiblemente. Bajo estas circunstancias, el correcto desempeño de las funciones del aparato administrativo requiere de una teoría coherente con implicaciones materiales, consistentes con las materias sectoriales, como las telecomunicaciones, el medio ambiente, la alimentación, la energía o los mercados financieros.

Ciertamente, los desencuentros entre el gobernado y el aparato estatal, en la mayoría de los casos, buscarán respuestas en la justicia constitucional, cuyos estándares como recurso judicial efectivo, deben ser compatibles con la naturaleza del derecho administrativo, pero muy importantemente, a las necesidades actuales de la sociedad. Así, paradójicamen-

te, reconocemos que, de acuerdo con nuestro modelo de democracia constitucional, los tribunales se representan como instituciones imparciales, dedicadas a resolver casos o controversias para proteger a las personas en lo individual, se trata de instituciones despolitizadas que no tienen permitido suplantar a las instituciones representativas para establecer las formas de protección de los bienes públicos.

Sin embargo, con la introducción de los derechos sociales, así como ha vuelto necesario contar con un margen de apreciación a favor del Ejecutivo para afrontar con agilidad cambios en las condiciones económicas y ambientales, tales cambios en la concepción de la separación de poderes, justifican a su vez que la función tutelar de la función judicial también deba ampliarse, a fin de trascender completamente la frontera contra-mayoritaria, pues de lo contrario sería muy complicado, que la justicia constitucional sirva verdaderamente como derecho humano a un recurso judicial efectivo para tutelar, por ejemplo, al medio ambiente, cuando sabemos que se trata de un bien público cuyas medidas de protección trascienden a las partes de cualquier litigio, empero no se cuenta con la libertad ni con las herramientas para dar un tratamiento idóneo a esas problemáticas, en cuyo caso, los excesos del activismo judicial pueden romper los equilibrios que las funciones del ejecutivo y en su caso del legislativo, se deberían mantener, por la jurisdicción constitucional.

XI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- CHOWDHURY, Joie, "Unpacking the minimum core and reasonableness standards", *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Dugard, J., Porter, B., Ikawa, D., & Chenwi, L. (eds.). Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2020.
- DE PAZ GONZÁLEZ, Isaac, *Constitucionalismo y Justiciabilidad de los Derechos Sociales, Estudio Comparado Internacional y Leading Cases a través del Juicio de Amparo en México*, México, Porrúa, 2016.
- ESTEVE PARDO, José, "La Administración Garante. Una Aproximación", *Revista de Administración Pública*, núm. 197, Madrid, mayo-agosto 2015.
- HERSHKOFF, Helen, *Transforming legal theory in the light of practice: the judicial application of social and economic rights to private orderings, at, courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Gauri, Varun, Brinks, Daniel M., Cambridge UK, Cambridge University Press, 2008.
- MARIUS, Pieterse, "'On 'Dialogue', 'Translation' and 'Voice': A Reply to Sandra Liebenberg", in Stu, Woolman and Michael, Bishop (eds.), *Constitutional Conversations* (PULP 2008) 331, 347.
- PAREJO ALFONSO, L., *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*, España, INAP, Global Law Press, 2012.
- RAMINA, Larissa, TWAIL, "Third World Approaches to International Law" and human rights: some considerations, *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1), 2018, <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54595>.
- STEPHEN, Marks, "The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality", (2004), 17 *Harvard Human Rights Journal* 137.
- TAPIA, Javier y CORDENO, Luis, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*, Estudios Públicos, 139, invierno 2015.
- TARA, J. Melish, 'Rethinking the "Less as More", Thesis: *Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*', (2006) 39 *JILP* 1, 31.
- VALADÉS, Diego, "Garantías sociales y reforma institucional", en Macías Vázquez, María Carmen, Anglés Hernández, Marisol (coords.), *Estudios en homenaje a don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes*, México, IIJ-UNAM, 2013.
- WILDE, Ralph, "Pursuing global socio-economic, colonial and environmental justice through economic redistribution: the potential significance of human rights treaty obligations", Cheltenham, en *Research Handbook on International Law and Social Rights*, Binder, Christina et al. (eds), UK, Northampton, MA, USA, Elgar publishing, 2020.