Constitucionalismo y regulación: un debate pendiente

DANIEL ALEJANDRO MONROY¹
Editor

Aunque entre economistas y juristas es común el uso del término *regulación*, su significado no ha dejado de ser esquivo y difícil de delimitar. Así, en los primeros artículos que tratan explícitamente la regulación en la literatura económica, se señala que esta tiene que ver con el establecimiento de las primeras comisiones –reguladoras– a comienzos del siglo XX en sectores donde está involucrado el interés público (McCraw, 1975). Al respecto, se mencionan las facultades de estas comisiones independientes para intervenir y regular las tarifas en estos sectores, y para controlar las actividades de empresas en mercados con estructura de monopolios naturales (Demsetz, 1968; Stigler & Friedland, 1962).

Sin perjuicio de lo esquivo de la definición, en términos más o menos amplios, la regulación puede decirse que se refiere a todas aquellas formas de intervención estatal en los mercados, o en la economía en general, con el objetivo de incrementar el bienestar social o el interés público (Dal Bó, 2006). Desde la perspectiva del derecho constitucional, esta definición amplia de regulación resulta relevante, pues precisamente las constituciones modernas suelen contener normas sobre *intervención económica* amparadas normalmente en un argumento de interés público. Es decir, las constituciones y la actividad regulatoria se relacionan en tanto que aquellas suelen fijar directrices y límites generales a la actividad regulatoria, lo que entonces ha suscitado discusiones sobre la definición misma del *Estado regulador* y su interacción con el sistema y Estado constitucional (Rawlings, 2010). No obstante, esta interacción es en ocasiones armoniosa o convergente, pero a veces también es bastante conflictiva.

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n64.01>

1 Docente Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia en Análisis Económico del Derecho, Regulación económica y *Behavioral Law and Economics*.
ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0519-7992>
Correo-e: daniel.monroy@uexternado.edu.co

Entre las interacciones convergentes más incuestionables entre constituciones y la actividad regulatoria se cuenta con la necesaria definición constitucional de los derechos económicos liberales, y que a su vez se considera esencial para el funcionamiento de la economía de mercado. En este orden, las constituciones suelen proteger los derechos de propiedad (privada) pero al tiempo establecen restricciones a los propios particulares sobre el ejercicio de estos derechos y fijan límites al Estado sobre la imposición de restricciones a aquellos, y estas a su vez suelen soportarse en alguna expresión del bien común o el interés público. Dicho así, las normas constitucionales y la actividad regulatoria comparten en su genética una misma tensión y objetivo, esto es, pretenden equilibrar valores esencialmente inconsistentes entre sí, esto es, las constituciones y la regulación buscan compatibilizar la protección y promoción de derechos –económicos– liberales, por un lado, y el bien común o interés público, por el otro (Pisani, 1987).

Sin embargo, la relación entre constituciones y la actividad regulatoria también puede ser bastante conflictiva. Por ejemplo, en el mismo caso del derecho de propiedad, la Constitución de Estados Unidos protege principalmente este derecho a través de la cláusula del debido proceso y la cláusula de expropiación (*Due Process Clause and the Takings Clause*). No obstante, la Corte Suprema de EE.UU. ha desarrollado la doctrina de las expropiaciones regulatorias (*regulatory takings doctrine*) con la que se permite a los tribunales anular regulaciones gubernamentales si consideran que estas tienen un efecto expropiatorio, es decir, si la jurisdicción constitucional considera que el gobierno ha ido demasiado lejos en la regulación de la propiedad (Walston, 2001).

Otro tipo de conflicto se presenta cuando se discuten eventuales incompatibilidades entre la propia actividad regulatoria y el Estado democrático y constitucional. Por ejemplo, algunos constitucionalistas consideran que ciertas manifestaciones comunes de la actividad regulatoria, por ejemplo, la acción de las agencias reguladoras independientes y autónomas ubicadas dentro de la rama ejecutiva, y que actúan con una especie de poder legislativo delegado; el uso de técnicas distintas que exceden el "comando y control", como la autorregulación o la corregulación, la cesión de prerrogativas del Estado a tales agencias independientes y a la actividad correguladora de agentes privados, pero sin sujetarse a restricciones políticas, son todas estas manifestaciones de una actividad que no cumple con los estándares del Estado de derecho intrínsecos a cualquier Estado constitucional (Scott, 2010; Larrañaga, 2013). Adicionalmente, también se objeta que en la medida que en el *Estado regulador* los responsables de diseñar y aprobar la regulación son agentes que están legitimados por su conocimiento experto y están –idealmente– aislados de la influencia política y de la legitimidad electoral, ello supone que este Estado regulador es percibido como antidemocrático (McHarg, 2010).

Ahora, si bien los constitucionalistas presentan argumentos plausibles para objetar ciertas manifestaciones y concepciones de la regulación, en respuesta a ello, y de parte de los defensores de la actividad regulatoria y del Estado regulador, también pueden surgir contracríticas a la ortodoxia constitucionalista. Por un lado, se dice que

si bien la regulación no deriva su legitimidad de elecciones políticas, ello, en lugar de contradecir valores de la democracia, en realidad corrige algunos de sus defectos. En efecto, de acuerdo con Linz (1998), la regularidad de realizar elecciones democráticas da como resultado ineludible un gobierno *pro tempore*, y de hecho, valga decirlo, este límite temporal es uno de los principales argumentos a favor de la democracia. Sin embargo, el costo que la sociedad paga por ello es que el proceso democrático y el gobierno que se produce esté acompañado de incertidumbre y volatilidad. En concreto, esta limitación temporal suele resultar perjudicial cuando los problemas de la sociedad requieren soluciones regulatorias de largo plazo que además sean creíbles. Con respecto a la actividad regulatoria, sin embargo, el Estado regulador puede corregir este defecto.

Dado que las decisiones de una coalición política mayoritaria al interior de un congreso no pueden predecir ni vincular a la coalición mayoritaria que surja en las siguientes elecciones, entonces, la dinámica del propio proceso democrático genera incentivos para la implementación de soluciones regulatorias centradas en el corto plazo o que carecen de credibilidad en el largo plazo. En cambio, dado que ni la limitación en el tiempo ni la refrendación a través de procesos electorales regulares son características que definan la elección y permanencia de quienes conforman las agencias regulatorias, ello permite que su actividad pueda expresarse en soluciones creíbles y que logran modificar la estructura de los mercados y la conducta de los agentes regulados incluso en el largo plazo. De hecho, esa separación entre los procesos políticos y democráticos, y la actividad regulatoria redundan en el objetivo de satisfacción del *interés público* que pretende la regulación. Así, en el contexto de la prestación y el sector de los servicios públicos (v gr. acueducto o energía eléctrica), si la regulación dependiese de la decisión de políticos, su limitación temporal generaría incentivos para que, por ejemplo, se fijen precios por debajo de los costos medio a largo plazo, lo que tendría un efecto expropiatorio sobre los costos hundidos en que incurren las empresas de servicios públicos, y por tanto, un desincentivo para que estas inviertan lo suficiente para satisfacer la demanda y mantener la infraestructura de servicios públicos (Majone, 2007).

Con todo, lejos de ofrecer una conclusión definitiva, en este texto editorial he esbozado algunas de las interacciones y, sobre todo, algunos debates pendientes, entre el constitucionalismo y la regulación. A este respecto, tanto las normas constitucionales como las regulaciones convergen en perseguir fines inherentemente duales pero, en ocasiones, contradictorios: por un lado, pretenden la protección y promoción de los derechos liberales; y por otro, la justificación de la intervención estatal orientada al interés público. Aunque existe una convergencia en estos propósitos, dicha armonía suele verse afectada por una dinámica conflictiva entre constitucionalismo y la regulación. Así, desde la perspectiva constitucional, ciertas expresiones de la actividad regulatoria pueden entrar en conflicto con los principios del Estado constitucional y democrático. No obstante, la noción de *Estado regulador* busca reivindicarse precisamente como una respuesta a las limitaciones de ese mismo Estado constitucional y democrático.

REFERENCIAS

- Dal Bó, E. (2006). Regulatory capture: A review. *Oxford Review of Economic Policy*, 22(2), pp. 203-225.
- Demsetz, H. (1968). Why Regulate Utilities? *The Journal of Law & Economics*, 11(1), pp. 55-65.
- Larrañaga, P. (2013). The Role of Constitutionalism in Regulatory Governance. En L. Wintgens, & A. D. Oliver-Lalana, *The Rationality and Justification of Legislation* (pp. 75-106). Heidelberg: Springer.
- Linz, J. (1998). Democracy's Time Constraints. *International Political Science Review*, 19(1), pp. 19-37.
- Majone, G. (2007). The regulatory state and its legitimacy problems. *West European Politics*, 22(1), pp. 1-24.
- McCraw, T. (1975). Regulation in America: A Review Article. *The Business History Review*, 49(2), pp. 159-183.
- McHarg, A. (2010). Devolution and the Regulatory State: Constraints and Opportunities. En D. Oliver, T. Prosser, & R. Rawlings, *Implications, The Regulatory State: Constitutional* (pp. 67-91). New York: Oxford University Press.
- Pisani, D. (1987). Promotion and Regulation: Constitutionalism and the American Economy. *The Journal of American History*, 74(3), pp. 740-768.
- Rawlings, R. (2010). Introduction: Testing Times. En D. Oliver, T. Prosser, & R. Rawlings, *The Regulatory State: Constitutional Implications* (pp. 1-14). New York: Oxford University Press.
- Scott, C. (2010). Regulatory Governance and the Challenge of Constitutionalism. En T. R. Implications, *Oliver, Dawn; Prosser, Tony; Rawlings, Richard* (pp. 15-33). New York: Oxford University Press.
- Stigler, G., & Friedland, C. (1962). What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity. *The Journal of Law and Economics*, V, pp. 1-16.
- Walston, R. (2001). The Constitution and Property: Due Process, Regulatory Takings, and Judicial Takings. *Utah Law Review*, 2, pp. 379-440.