

II. IBEROAMERICANA

ENTES ADMINISTRATIVOS REGULADORES INDEPENDIENTES Y CREDIBILIDAD INSTITUCIONAL. INEFICIENCIA Y PELIGROS PARA LA DEMOCRACIA LATINOAMERICANA ADVERTIDOS DESDE EL SISTEMA NORTEAMERICANO QUE LOS CREÓ

CARLOS A. HERRERA GUERRA

Instituto Peruano de Administración Pública y Gestión del Desarrollo
Lima, Perú

*La acumulación de todos los poderes,
Ejecutivo, Legislativo y Judicial,
en unas mismas manos, de pocos o muchos,
sea legítimamente o tomada a la fuerza,
produce la simple definición de tiranía.*

Alexander HAMILTON

I. LOS EARI COMO RESPUESTA EFICIENTE A LA CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR.—II. ANTECEDENTES Y GLOBALIZACIÓN DE LOS EARI: 1. *El origen norteamericano: las independent agencies.* 2. *La aceptación y expansión horizontal durante el New Deal norteamericano.* 3. *La expansión global de las EARI.*—III. LA NECESIDAD DE CREDIBILIDAD INSTITUCIONAL.—IV. RULEMAKING AUTHORITY O DELEGACIÓN DE POTESTADES LEGISLATIVAS EN LOS EARI: LOS PELIGROS Y LA INEFICIENCIA RESULTANTE: 1. *Los peligros a las garantías del sistema democrático de gobierno.* 2. *La ineficiencia resultante de la delegación-abdicación de potestades legislativas en favor de los EARI:* A) La captura de la agencia. B) La no-razonabilidad de las regulaciones originadas en los EARI. C) La difícil verificación de la defensa del interés general en las normas producidas por los EARI. 3. *Ineficiencia cualitativa: la negación de la aspiración al consenso.*—V. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Esta monografía señala los retos impuestos a las democracias latinoamericanas por los Entes Administrativos Reguladores Independientes (EARI) y subraya la amenazada a los valores democráticos por soluciones tecnocráticas. En Latinoamérica, la eficiencia en la regulación ha sido, principalmente, tecnocrática, en un sistema controlado por especialistas y funcionarios que han usando principios anti-democráticos de secretismo y confusión en sus regulaciones. La justificación dada fue la necesidad de los países por credibilidad institucional de sus políticas públicas hacia inversionistas, silenciando la discusión del interés general y generando turbulencia política y fracasos regulatorios debido a la pérdida de representatividad de los intereses de los ciudadanos. Regulación y democracia no son términos opuestos, ambos se

fortalecen cuando el objetivo es crear una administración más eficiente porque una regulación que considere valores democráticos es más estable y consistente, generando verdadera credibilidad a la implementación de las políticas públicas.

Palabras clave: entidades independientes; regulación administrativa; credibilidad institucional; administración y democracia.

ABSTRACT

This paper intends to show the challenges imposed by the independent agencies' design upon the Latin American democratic system and to highlight the threat to the values of a democratic society by technocratic solutions. In Latin America, efficiency in regulation had been achieved mainly through technocratic solutions, in a system controlled by specialists and functionaries that spell out regulations using anti-democratic principles of secrecy and weak-speak. The justification given was the countries' need for building credibility in their policies to show to international investors, silencing the deliberation of the common good and generating political unrest and unenviable regulatory failure due the lack of representativeness of the people's interests in the regulation. We believe that regulation and democracy are not opposite terms, that both enhance each other when the intent is to create a more efficient regime, a regulation that takes into consideration the democratic values of a society is a more stable and consistent regulation, generating true credibility in the government's policy implementation.

Key words: independent agencies; administrative regulation; institutional credibility; public administration and democracy.

Habiéndose iniciado el ciclo de conmemoraciones por los doscientos años de emancipación de las naciones latinoamericanas, académicos, administradores públicos y todos cuantos estamos involucrados en los asuntos públicos hemos venido a reflexionar y sacar cuentas de cómo hemos respondido al reto de la independencia y de cuánto las instituciones de nuestras administraciones públicas han apropiadamente servido al bien común y la concreción del bienestar general. La comparación con nuestros vecinos del norte, a quienes el bicentenario les encontró como la superpotencia líder de occidente, nos dejan mal parados pues por, razones varias, no hemos sabido articular la institucionalidad que permitiese la realización de los ideales que sustentaron los esfuerzos de nuestros emancipadores¹.

Son diversos los grados de desarrollo institucional y administrativo alcanzados por los estados latinoamericanos aunque todos ellos, salvo Cuba, con un común denominador: la aspiración a la realización definitiva de los principios y valores del sistema democrático de gobierno; y esto sin negar la pre-

¹ La Revolución de Chuquisaca (Bolivia), en 1809, fue el primer grito emancipador, a éste le siguieron los de Buenos Aires, Caracas, México, entre otros, los cuales culminaron con la capitulación realista luego de la Batalla de Ayacucho (1824). El discurso liberal de Bolívar o el de la monarquía constitucional de San Martín tenían en mente una sociedad en la que el bienestar sería logrado sin las trabas administrativas para el desarrollo económico impuestas por la metrópoli. Vislumbraron un Estado con una Administración mínima, encargada sólo de dirimir gruesos conflictos entre el interés general y los particulares a través de una actividad de policía.

sencia permanente de la amenaza autoritaria a la que la democracia, ante la urgente necesidad de bienestar material, no ha sabido responder con eficiencia. Unas democracias a las que algunos acusan de ser sólo formales², pero en las que existe el convencimiento de que sólo dentro de ella será posible la eficiencia en el servicio al interés general, en una democracia sustantiva con ciudadanos deliberantes que influyan decididamente en la actividad de gobierno y administración³.

Los cambios sociales y políticos por los que ha atravesado Latinoamérica han resultado en dos perspectivas respecto de cómo ha de estar diseñada la Administración pública de cada país, dentro de la democracia, formal al menos, para que sirva mejor al interés general. De una parte, Venezuela intenta liderar un movimiento que, en lo sustancial, ha claudicado de los avances de reforma del Estado del Bienestar, retomando sus viejas estructuras de la Administración prestadora directa y encargada de la concreción del bienestar de sus ciudadanos, bajo el justificativo de lograr cotas de igualdad material entre sus ciudadanos. Por otro lado, un segundo grupo de países busca perseverar y continuar las reformas administrativas y dejar atrás el protagonismo estatal, devolviéndole al sector privado el rol principal en la asignación de la riqueza, tal como ocurrió en los países hoy desarrollados. Chile, México, Perú, Colombia, Panamá entre otros⁴, han optado por la subsidiaridad estatal y por la asunción de los principios del Estado Regulador y la Era del Capitalismo Regulador⁵.

Dentro de este segundo grupo de naciones, que ven al libre mercado como el mejor redistribuidor de la riqueza, a través de la eficiencia de precios lograda desde la libre interrelación de los agentes, la búsqueda y competencia por capital internacional que se arriesgue a residir en una región tan convulsionada política y socialmente, como lo es la latinoamericana, les ha forzado a optar por un diseño institucional administrativo que, ante todo, refleje credibilidad hacia potenciales inversionistas extranjeros, poseedores del grueso del capital mundial, un fin último para el cual han empoderado a determinadas agencias administrativas con sustantivas capacidades de veto en la determinación de las políticas públicas. La permanente búsqueda por mejorar los índices de riesgo-país y lograr el grado de inversión de la deuda pública emitida, han impulsado la tendencia de dejar en manos de unos pocos técnicos capacitados la determinación del contenido duro del diseño

² Se les acusa de ser formales porque tienen una participación ciudadana reducida a emitir un voto desinformado, una democracia en donde las masas pueden ser fácilmente manipuladas por discursos populistas y nacionalistas que al buscar concretarse en el gobierno descubren sus contradicciones y dan origen al ciclo de inestabilidad política y el continuo fracaso de las políticas públicas.

³ Igualdad material entre los sujetos deliberantes luego o antes de los procesos democráticos de toma de decisiones es el quid de la discusión latinoamericana.

⁴ Unas distintas perspectivas que han sido recientemente apreciadas por la Unión Europea cuando ha decidido negociar un tratado de libre comercio separadamente con los miembros del bloque andino, Colombia y Perú, adscritos al segundo grupo.

⁵ Término acuñado por LEVI-FAUR en «The Global Diffusion of Regulatory Capitalism», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598, 2005.

de las políticas públicas que, de una u otra forma, afectasen a las decisiones de inversiones⁶.

De ahí que, siguiendo tendencias globales, puestas en práctica antes en Europa y diversas partes del mundo tras los *reaganomics* de los ochentas⁷, el diseño institucional escogido para lograr el fin último de la credibilidad institucional haya sido la creación de Entes Administrativos Reguladores Independientes (EARI)⁸. Pasada la efervescencia liberal, hemos venido a reflexionar sobre cuán adecuados han sido los EARI para satisfacer el servicio al bien común pues se creía que con el lenguaje tecnocrático, propio de este tipo de organizaciones, se superaba la vieja dicotomía entre Administración y Política, siendo que al efecto se les transfería potestades legislativas y cuasi jurisdiccionales, con autoridad suficiente para zanjar toda deliberación acerca del interés general. La demanda internacional por credibilidad institucional avivó aún más la transferencia y concentración de poderes, atribuyéndose una independencia no reconocida por el diseño institucional de los textos constitucionales de las democracias representativas latinoamericanas, siendo que en muchos casos se involucionó, sin oposición, hasta las autarquías⁹ y pon-

⁶ Tal es el caso de los Registros Públicos en donde se inscriben los derechos de propiedad inmueble y las participaciones en las sociedades mercantiles. Particular es el caso de Perú donde a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) se le ha otorgado grados de autonomía y autofinanciación de recursos que son propios de organismos constitucionales autónomos como la Contraloría General o el Banco Central de Reserva.

⁷ Entidades Independientes que tomaron el nombre de *Executive Agencies* en Inglaterra o Japón, *Performance-Based Organizations* para los EE.UU., *Quangos* en Australia o *Special Operating Agencies* en Canadá. En Perú y algunos otros países latinoamericanos el nombre de superintendencias u organismos supervisores son asociadas con este tipo de instituciones, unas islas de eficiencia en sectores claves para la economía y que gozan de privilegios vedados a la Administración general.

⁸ Hemos escogido la denominación de Entes Administrativos Reguladores Independientes porque queremos resaltar el carácter administrativo de las funciones que este tipo de entidades realizan pues no se trata de funciones que no puedan ser comprendidas dentro del ejercicio de la llamada policía administrativa o de adecuación de las conductas particulares al interés general. Son regulatorias en tanto tienen reconocidas potestades cuasi jurisdiccionales y legislativas o de ordenación de actividades, principalmente, de aquellas relacionadas con el mercado. Finalmente, tienen la calidad de independientes porque no están adscritas o subordinadas a un ministerio en la estructura tradicional conocida de la administración; y no hacemos mención de autonomía pues, en nuestra opinión, esta calidad está reservada a entidades a las cuales la Constitución les atribuye tal reconocimiento.

⁹ Juan Carlos Cassagne, administrativista argentino, observa que «la condición jurídica de estos entes es la propia de las entidades autárquicas, pues se trata de descentralizaciones jurídicas del Estado que participan de la naturaleza pública de éste, perteneciendo, en realidad, a su organización administrativa, pese a su personalidad diferenciada. El examen sobre el conjunto de los datos y elementos que articulan el régimen organizativo y de control de los entes regulatorios revela que: a) persiguen fines estatales; b) poseen recursos asignados o un patrimonio de afectación para el cumplimiento de las finalidades que se les asignan; c) se aplica el régimen de control estatuido para el sector público, y d) existe la posibilidad de interponer el recurso de alzada contra las decisiones de los entes superiores. Este análisis, que revela la imposibilidad de reconocerle a estos entes plena autonomía, demuestra que tales entes constituyen entidades autárquicas que actúan en el marco de la organización administrativa del Estado, hallándose, por tanto, sometidos al poder de tutela del Poder ejecutivo o de los ministros competentes, según sea el caso». Juan Carlos CASSAGNE, «Los nuevos entes regulativos», en *Libro homenaje al Dr. Pablo Ramella*, págs. 35-36.

tazgos propios del *ancién régime* y el liberalismo abstencionista del siglo diecinueve¹⁰.

Las amplias y vagas autorizaciones hechas por el Parlamento para concretar el interés general a nivel reglamentario, según entender de los reformadores, servían de cobertura constitucional formal y suficiente para consentir el avance. Sin embargo, la creación de estos EARI no bastó para responder eficientemente a las actualizaciones que el interés general demandaba pues la realidad misma se ha encargado de desnudar las insuficiencias de este diseño institucional, verificándose, una vez más, la vital necesidad del componente político en toda decisión pública, si es que con ella se aspira a la eficiencia-eficacia (cuantitativo-cualitativo) de las creaciones normativas tecnocráticas abstractas para cuando bajen y sean aplicadas en mundo real. La advertencia de Joseph Stiglitz respecto a que la gente más preparada es la más propensa a cometer estupideces parece verificarse en las EARI latinoamericanas donde la ausencia de procesos democráticos participativos en la toma de decisiones colectivas ha aislado a sus directores de las aspiraciones colectivas que la regulación está llamada a concretar.

Consecuencia del desfase entre la abstracción de la mesa del directorio de los EARI y la realidad que pretenden regular, son las recientes movilizaciones sociales en contra del modelo de desarrollo alternativo al del Bienestar, al que acusan, fundadamente o no, de haber abandonado al ciudadano de a pie y pres-tarse al servicio de intereses particulares omnipresentes en el proceso regulatorio (léase transnacionales), llegando a capturarlos y tornando falaz su independencia. Esto, sumado a las prácticas autoritarias y de puerta cerrada de las EARI, cuya superioridad técnica les presenta como soberbios «tutores» del interés general, generando descontento y efervescencia social que han sido aprovechados por discursos extremistas de izquierda «revolucionaria» que reniegan de la eficiencia de la democracia en el servicio al interés general y que presenta a las institucionalidad del autoritarismo populista (Chávez, Morales) como remedio al modelo del Capitalismo Regulador y sus EARI.

¹⁰ Un deslinde entre autonomía y autarquía es que mientras las primeras tienen su origen en la Constitución, y sobre las cuales no hay oposición que pueda valer, las autarquías se caracterizan por estar adscritas, formalmente, al Ejecutivo y más específicamente, a su Administración. Inicialmente, emulando la autonomía constitucional reconocida a los bancos centrales, las autarquías fueron establecidas para «blindar» entidades recaudadoras de impuestos y agencias reguladoras de la libre competencia y que posteriormente se expandieron a agencias que incidieran en las inversiones. Son «islas de eficiencia» que se caracterizan por derogar las normas generales para la Administración y relajar los controles en temas de contratación, régimen disciplinario, topes salariales, contrataciones y adquisiciones, auto-financiación, etc. El caso de la Autoridad del Canal de Panamá calza muy bien dentro de la autarquía pues a pesar de desarrollar actividades propias de la Administración, tiene reconocida una autonomía constitucional que le permite actuar como una entidad privada que maneja discrecionalmente la parte que le es asignada de los recursos que recauda, entidad, que, además no está sometida a la supervisión de los controles propios del sistema democrático de gobierno, pues tan solo informa de sus actos a la contraloría. Un análisis del caso latinoamericano puede encontrarse en Robert R. TALIERTO Jr., «The Design, Performance, and Sustainability of Semi-Autonomous Revenue Authorities in Africa and Latin America», en *Unbundled Government*, edited by Christopher Pollitt and Colin Talbot, 264-282. London, UK: Routledge, 2004, 264-282.

I. LOS EARI COMO RESPUESTA EFICIENTE A LA CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR

No hubo respuesta más virulenta al Estado del Bienestar que la ocurrida en los EE.UU. durante los años ochentas donde, luego de las fallidas reformas del presidente Carter, intentando mantenerlo luego de la crisis económica iniciada con la del petróleo, se erigió la figura de Ronald Reagan expeliendo a los cuatro vientos, desde la inauguración misma de su mandato, que «el gobierno no era la solución de los problemas sino que él mismo era el problema»; una arenga que marcó toda una era a la cual se le llamó la de los *reagonomics* para resaltar la reforma conservadora del presidente americano donde las palabras desregulación y eficiencia secuestraron todo el debate político; unas reformas trasplantadas luego al Reino Unido por el gobierno de Thatcher, a través de las reformas *Steps* y *Next Steps*, y que de ahí legaron al continente como parte de la reforma del Estado del Bienestar y posterior configuración de la llamada Era del Capitalismo Regulador¹¹.

En Latinoamérica, y distintas partes del mundo, se ha justificado el recurso a los EARI (traducción que damos a las *independent agencies*) en el eficiente servicio al interés general logrado con este tipo de entidades en el sistema administrativo americano. Sin embargo, si nos detenemos tan sólo un momento a revisar la historia de la creación de las *independent agencies* veremos que al crearlas lo que menos se perseguía con ellas era eficiencia en el accionar administrativo ya que son, en verdad, la consecuencia de una componenda política por la cual los dos principales partidos políticos norteamericanos se aseguraron igual influencia en el directorio de los EARI para hacer expedito el favorecimiento a los intereses privados que financiaban sus campañas políticas, obviando toda la publicidad e intereses contrapuestos presentes en el Congreso¹². Tal fue el caso de la *Interstate Commerce Commission* (ICC), la primera *independent agency* (1887), creada como respuesta federal a los problemas surgidos por la expansión del comercio que cruzaba fronteras estatales, y con la que se dio inicio a una progresiva concentración de poderes legislativos y judiciales que serán replicadas e incrementadas en el diseño de las agencias independientes del *New Deal*, luego reconfiguradas por Reagan, modelo de los EARI latinoamericanos.

¹¹ De acuerdo a Majone, en el sistema administrativo europeo ha surgido el «estado regulador» que implica un cambio en las funciones esenciales del estado: «De hecho, los gobiernos más y más desean abandonar muchas de sus competencias reguladoras a favor de instituciones que no son democráticamente responsables y que están aisladas de influencia política. Es esta uno de los principales aspectos del surgimiento del estado regulador». Giandomenico MAJONE, *Regulating Europe*, London: Routledge, 1996, pág. 10.

¹² El hecho que posteriormente el Congreso y las Cortes hayan establecieron pautas para hacer más transparente las deliberaciones y el acceso ciudadano mediante *open meetings* o audiencias públicas para discutir las regulaciones no desdichan las críticas pues por un lado, las EARI administran la información de forma tal que comparten sólo aquello que favorezca la opción ya tomada y, por otro, se esconden en un oscurantismo técnico que hace difícil la supervisión por parte de los ciudadanos y de organizaciones de la sociedad civil tales como las defensoras de los consumidores que sólo pueden percibir los efectos negativos de la regulación una vez que ésta ya ha sido aprobada y aplicada por un buen tiempo.

Por otra parte, cuando hemos de analizar los antecedentes de las *independent agencies*, debemos tener en cuenta que ellas lograron su justificación constitucional en la Corte Suprema de los EE.UU. durante un contexto histórico particular, el del *New Deal*, donde la exaltación de las tesis racionalistas de Max Weber, aquellas de la dominación legal del Estado moderno que oponía la burocracia a los intereses egoístas de los particulares¹³, encogió todo discurso diferente; de ahí que su diseño está fundado en la creencia de que los funcionarios sentados en las mesas de los *boards*, allí donde se decide el contenido mismo de las políticas públicas a aplicar, son técnicos aislados de la influencia de las discusiones políticas y de los intereses particulares presentes en ellas, siendo que por ello mismo servirán altruistamente al interés general ya que la eficiencia es su única guía de acción; así pues, la técnica ofrecida por las *independent agencies* resolvía la vieja y constante oposición entre Política y Administración.

Sin embargo, el supuesto aislamiento tecnocrático no fue tal. La realidad se encargó de una demostrar que, de una u otra forma, los miembros del *board* tomaban decisiones políticas, como cuando decidían sobre el contenido del interés general en el desarrollo regulatorio, y no eran tan independientes respecto de intereses particulares como se creía pues la mayoría de ellos no eran funcionarios de carrera sino técnicos profesionales que provenían del sector privado, incorporados a la Administración en retribución a favores de campaña, y que no estaban en ella para quedarse sino en una suerte de «pasantía» donde su principal interés es concretar una agenda regulatoria propia (la de sus antiguos o futuros empleadores) y crear las conexiones personales necesarias para utilizarlas luego en servicio de intereses privados que servirán cuando regresen al sector privado. La *School of Public Choice* (Escuela de la Elección Pública) desde finales de los sesenta ha desnudado la falaz presunción de la actuación altruista de los funcionarios públicos, tal como nos lo habían hecho creer las tesis weberianas del diseño burocrático del Estado del Bienestar, y pese a que fueron numerosos los casos de corrupción en los que, por la relajación de los controles que devienen de la separación de poderes, quedaron en evidencia fallas sistemáticas producidas por las *independent agencies*, los actos de corrupción fueron achacados a faltas morales de los funcionarios públicos¹⁴.

El análisis y denuncia de las causas verdaderas de la fácil disposición del interés general en los procesos regulatorios, y de cómo ella afectaba al sistema democrático de gobierno, no se manifestó sino la última década del pasado siglo, cuando el exceso de políticas desregulatorias puso en cuestión el

¹³ Max Weber, uno de los fundadores de la administración pública moderna, creía que los funcionarios públicos tenían superioridad moral y técnica por sobre los administrados, una presunción en la cual se cimientan muchas de las características del modelo burocrático de administración.

¹⁴ En los EE.UU. son famosas y citadas continuamente las palabras del *justice* Jackson el cual llamó a las *independent agencies* un cuarto poder que legislaba y decidía casos sin tener legitimidad democrática para hacerlo, no admitido en el diseño constitucional de los tres poderes y sus contrapesos.

grado de independencia que debía permitírsele a los EARI. De ahí que pasados los años, la eficiencia como justificación para admitirlas parece haberse convertido en simple excusa para gobernar sin política, sin discusión del bien común, y pasar a una cuasi tutela en la cual la verificación de la defensa del interés general por aquellos en quienes esta confiada su concreción (los tecnócratas de los EARI) está todavía pendiente. Y esto parece haberse comprobado ahora que sufrimos los estragos de una crisis económica cuya principal causa fue el apetito voraz de quienes dejaron inmensos silencios regulatorios en el sector financiero norteamericano.

Estas críticas al modelo institucional de los EARI, pese a que eran evidentes en el sistema norteamericano y tuvieron resonancia mundial, sobre todo las decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU., no fueron escuchadas por quienes reformaron el Estado del Bienestar. En los organismos multilaterales de crédito, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, e incluso la banca de desarrollo regional, al impulso de economistas que veían sólo la eficiencia cuantitativa de la reforma, surgió un movimiento de transformación de las estructuras organizacionales públicas hacia modelos de administración privada, con sus esquemas verticales y autoritarios, que resultaron en la desintegración de la estructura central y unitaria del Estado del Bienestar para dar paso al surgimiento de la llamada «agencificación» de la Administración (*New Management Program* neozelandés y el *New Public Management* americano), objetivo para el cual el uso del diseño institucional de los EARI ha sido fundamental pues se les presentó como remedio eficiente al aletargamiento burocrático: los ahora llamados «gerentes» (*managers*), por la libertad que se les permitiría (presupuestal, adquisiciones, laboral), realizarán una avezada gestión del interés general¹⁵.

Los formidables resguardos presentes en la democracia norteamericana, como la influencia del Congreso en sus presupuestos o las decisiones revisoras de la Corte Suprema exigiéndoles debido proceso a sus actuaciones, que habían servido para refrenar los avances de las *independent agencies*, simplemente fueron dejados de lado en los sistemas administrativos foráneos, incluidos los latinoamericanos, donde, atropelladamente, por satisfacer las demandas de credibilidad, se crearon EARI sin importar que hubiesen garantías institucionales suficientes para recibir esta poderosa y cuestionable forma de administración. La crisis económica por la que atravesó Latinoamérica durante los ochentas y noventas hizo que la búsqueda de eficiencia cuantitativa del corto plazo nos haya enceguecido frente a las deficiencias institucionales de los EARI pues, al final, no han logrado solucionar los conflictos

¹⁵ «Fragmentación, pues, fragmentación creciente de la unidad organizativa del Estado; también, en buena medida, de su unidad patrimonial. Conversión de Centros directivos, de Direcciones Generales, en organismos autónomos. La fórmula se generaliza de modo creciente y, ya en un principio, y bajo apariencia, según se dice, de mayor flexibilidad, permitirá, a lo menos, la privatización de no pocos aspectos de su gestión interna». MARTÍN-RETORTILLO, «Reflexiones sobre las privatizaciones», núm. 144 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre 1997, pág. 9.

sociales subyacentes a las políticas públicas que se pretenden implementar las cuales sólo podían ser debidamente abordadas si aspectos cualitativos, como la calidad del consenso político que asegure eficacia, son tomados en cuenta. Corrupción y discrecional disposición del interés general, abierta y solapadamente (oscurantismo técnico), debido a la débil institucionalidad presente, son los resultados de esta «eficiente» forma de rediseñar la Administración pública latinoamericana.

II. ANTECEDENTES Y GLOBALIZACIÓN DE LOS EARI

1. *El origen norteamericano: las independent agencies*

En Latinoamérica y muchas otras partes del mundo se cree que la existencia institucional de los EARI es reciente pues se las asocia con formas de gestión pública nacidas de los *reaganomics*, pasando por alto sus antecedentes históricos, que son los que explican los riesgos advertidos en este tipo de entidades durante más de un siglo de existencia. Pues bien, en aras de tener una imagen adecuada del origen y la naturaleza de los EARI es necesario entender bien su desarrollo histórico; para ese objetivo, en mi opinión, son cruciales tres momentos históricos que deben resaltarse: primero, la creación de la *Interstate Commerce Commission* (ICC), primer EARI creado en el mundo, la cual explica las razones pragmáticas, antes que técnicas, que justificaron su creación; segundo, la victoria del autoritarismo de Roosevelt sobre la Corte Suprema, a partir de lo cual quedó legitimada su presencia institucional, ello no sin antes dejarnos valiosos argumentos para refrenarlas; y, finalmente, la crisis del Estado del Bienestar y de cómo con ésta, como reacción apurada antes que una respuesta pensada, se dio inicio su expansión mundial.

La creación de la ICC, significó un antes y después en el diseño administrativo regulatorio norteamericano y mundial¹⁶. Hasta entonces, el liberal-abstencionismo había pregonado que las fuerzas naturales presentes en la sociedad la moldearían mejor que mediante la intervención pública, exaltándose la libertad y autonomía del ciudadano para hacer posible su felicidad; una creencia influenciada, sin duda, por malos recuerdos de la administración absolutista pero que fue desmentida cuando, luego de la Guerra Civil norteamericana, se produjo la llamada *Granger Revolt* (Revolta de los Granjeros) en reacción a los abusos monopólicos cometidos por los ferrocarriles en el transporte de las cosechas de granos hacia mercados ubicados fuera de los estados productores. La comprobación de que las fuerzas libres del mercado, por sí mismas, no podían lograr la armonía entre la oferta y demanda, y

¹⁶ Una monografía que explica detalladamente la importancia y el proceso que dio lugar a la ICC es la de Alberto BIANCHI, «Desarrollo de la regulación económica en los Estados Unidos de Norteamérica», *Revista de Derecho Administrativo*, año 11, núm. 30-32, enero-diciembre 1999, Buenos Aires: De Palma, págs. 297-428.

traer consigo «justicia» en términos comerciales y económicos, fue el punto de quiebre para iniciar la intervención pública en los Estados Unidos¹⁷; una crisis de legitimidad política del gobierno federal como defensor del interés general frente a los intereses de las industrias resuelta con la expansión del poder de policía administrativa y creación de la ICC¹⁸, la cual, adicionalmente, para reforzar su legitimidad, fue creada cumpliendo todas las formalidades de una *statute law*, o ley plena nacida del Congreso, mediante la cual se le invistió con autoridad suficiente para establecer y hacer cumplir reglas de conducta en determinadas actividades económicas.

La racionalidad subyacente a la creación de la ICC, la comprobación de la insuficiencia del mercado para satisfacer el interés general, quedó demostrada en las competencias iniciales establecidas por el Congreso las cuales estaban destinadas, principalmente, a paliar los efectos inmediatos de la crisis social surgida¹⁹, es decir, a regular y supervisar las tarifas, rutas y licencias de operaciones de los ferrocarriles, todo ello bajo la cobertura legal de la *federal and commerce clauses* de la Constitución norteamericana que le otorgaba competencia al gobierno federal para regular actividades económicas con efectos en más de un estado²⁰. Es, pues la racionalidad de la crisis, de cómo resolverla, y no la eficiente actuación administrativa lo que llevó a la creación de las *independent agencies* en tanto instrumentos expeditivos (un mini Congreso) para tomar decisiones políticas respecto del contenido del interés público que ha de ser defendido por la Administración.

¹⁷ CONGRESIONAL QUATERLY, *Regulation: Process and Politics*, Washington DC: US Congress, 1982, pág. 2.

¹⁸ Poder de policía opuesto a los comerciantes, en «aras del bien común o *salus publica*» como había pasado antes con el gobierno nacional frente al feudal, que legitimó la concentración absolutista. Del mismo modo, la expansión del poder de policía administrativa viene a resolver una crisis política y social que se busca recomponer mediante la regulación. Es interesante el trabajo de Alejandro NIETO, «Algunas precisiones sobre el concepto de Policía», aparecida en el núm. 81 de esta REVISTA, donde explica bien cómo el Poder de Policía administrativa vertebraba el estado nacional y justifica su presencia como defensor del interés general frente a comerciantes y grupos de poder.

¹⁹ «Todo el movimiento de reforma de la Administración norteamericana, producido a finales del siglo XIX, que dio lugar al nacimiento de las entidades reguladoras ahora conocidas, se fundó en dos preocupaciones básicas: la primera, crear organismos suficientemente separados del debate político y de la influencia de los cambios electorales; la segunda, obtener de los mercados suficiente información como para poderlos organizar de un modo consecuente con los intereses generales y el respeto de los consumidores.... clasificarlas [por] un criterio que distingue entre las «débiles» y las «fuertes», dependiendo de que tengan atribuidas funciones, además de las informativas, de inspección, tarifarias, arbitrales y de sanción. Pero la función informativa ha sido siempre básica aun en las comisiones fuertes. Cuando se creó en Estados Unidos la más importante de la primera generación, la Interstate Commerce Comisión (ICC), por la Ley del Comercio Interestatal de 4 de febrero de 1887, se enmarcó su tarea dentro de una exhaustiva regulación contenida en la Ley en la que se sometía a las empresas del sector a un conjunto de obligaciones, entre las cuales las de información eran fundamentales». Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, Madrid: Civitas, págs. 260, 262.

²⁰ El impulso político para crear un esquema regulatorio federal fue débil y ambivalente tanto por parte de la Corte, que recelaba de las competencias administrativas para decir qué era lo justo, como por el Presidente Grover Cleveland y sus funcionarios, como fue el caso del primer presidente de la ICC, Thomas M. Cooley, un antiguo juez y abogado defensor del *laissez-faire*.

Por otra parte, es de tomar en cuenta aquello que Sidney SHAPIRO²¹ explicaba respecto al contexto histórico de la creación de la ICC ya que ella fue el corolario de la llamada «era populista» surgida luego de la revuelta campesina, la cual, dado el contexto social, recibió un sustantivo impulso judicial, tanto a nivel estatal como federal, mediante precedentes que fueron construyendo la doctrina por la cual, quebrando los principios liberales del *laissez-faire* sostenidos por el *common law*, se aceptaba la regulación administrativa sobre determinadas actividades con particular incidencia social; un movimiento judicial que tuvo su momento cumbre en *Munn v. Illinois* (1876)²² donde la Suprema Corte Federal sostuvo la constitucionalidad de un estatuto del estado de Illinois que establecía una tarifa fija por el uso de elevadores y almacenaje de granos, limitando la libertad de contratación de los almaceneros mediante el ejercicio legítimo del poder de policía administrativa; y luego, en *Wabash, St. Louis & Pacific Railroad v. Illinois* (1886) invalidó benigna regulación estatal (influenciada por las industrias) que pretendía expandir su ámbito de aplicación sobre otros estados, reafirmando la Corte la competencia federal para regular actividades comerciales inter-estatales²³.

Jack RABIN, administrativista norteamericano, subrayaba los recelos generados en la Suprema Corte de los EE.UU. por la expansión federal del poder de policía administrativa pues si bien ella no dudó en otorgar potestades legislativas para establecer qué tarifas se cargaban en el servicio, sí lo hizo seriamente respecto a la capacidad de la Administración por determinar tarifas «justas», por eso, la ampliación sustantiva de las capacidades supervisoras y de cumplimiento de la ICC no se produjeron sino hasta la *Progressive Era* (alrededor de 1905) ocasión en la que el Congreso las aprobó no por estar convencido de sus bondades sino como reacción a «periodistas sensacionalistas y cruzados regulatorios que llamaron la atención pública respecto de los peligros impuestos por los negocios no-regulados»²⁴. De ahí que como quiera que la ICC estaba llamada a tomar decisiones políticas respecto del contenido duro de aquello que se considerase «interés general», en orden a asegurar la influencia de autoridades electas (Congreso) sobre ella se estableció, en su diseño institucional, que la Comisión debía estar encabezada por un cuerpo colectivo o *Board* cuyos miembros debían ser propuestos por el Presidente y luego confirmados por el Congreso, ocasión propicia para las componendas políticas entre demócratas y republicanos para apoyar al candidato que satisfaga mejor los intereses de sus electores (incluidas las industrias).

²¹ Sidney SHAPIRO y Joseph TOMAIN, *Regulatory Law and Policy: Cases and Materials*, 3.ª edición, Arlington: Lexis Nexis, 2003, págs. 5 y ss.

²² Desde esta decisión se aceptó la presencia de un *public interest* justificador de la intervención administrativa.

²³ CONGRESIONAL QUATERLY (1982: 8).

²⁴ SHAPIRO y TOMAIN (2003: 8-10).

2. La aceptación y expansión horizontal durante el New Deal norteamericano

Establecidas las *independent agencies* y sus competencias, a razón de la expansión del poder de policía administrativa a nivel federal, un segundo momento histórico a resaltar es aquél de su propagación por toda la administración norteamericana al impulso de las políticas autoritarias de Roosevelt en el *New Deal*²⁵, las cuales, por retroalimentación, se mantuvieron hasta luego de pasada la emergencia nacional que las justificó hasta los ochenta del pasado siglo en los que Reagan las reconfiguró²⁶.

Los EARI, traducción que le damos a las *independent agencies*, se expandieron horizontalmente a partir de que quedó zanjada la «guerra entre poderes», librada en batallas nunca vistas, ni antes ni después, entre el Presidente y la Suprema Corte, y a quienes el Roosevelt, gracias a la mayoría que detentaba en el Congreso, logró vencer luego de amenazarles con el *Court Packing Plan*²⁷; las *independent agencies*, al final, no fueron aceptadas porque contaban con argumentos legales suficientes que respaldasen su existencia dentro del sistema constitucional norteamericano (mayoría simple en la Corte Suprema) sino porque fueron la imposición de un gobierno autoritario que les creó para concretar «su» agenda respecto de la tutela del bienestar general, sin discusión pública del interés general que valiera para refrenarla²⁸.

Las críticas a la expansión horizontal y de potestades legislativas de las EARI estaban fundadas en que su presencia violaba las garantías emanadas del cardinal principio democrático de la separación de poderes cuya vigencia plena representa un componente esencial de la calidad ciudadana; además, con la combinación de funciones ejecutivas y judiciales en los EARI se violaba el principio del debido proceso (*due process*) pues al emitir decisiones administrativas que otorgaban derechos a los ciudadanos (*adjudications*) se pasaban por alto muchas garantías procesales que sólo podrían ser aseguradas dentro de un proceso judicial; un tercer argumento, que el autor comenta fue utilizado por la Corte, decía que al otorgar independencia a estos entes, es decir, al no adscribirlos al organigrama de alguna secretaría (ministerio), se los situaba en un limbo institucional entre el legislativo y ejecutivo lo cual negaba la responsabilidad política directa del Presidente por so-

²⁵ La esperanza era que, a través de una maquinaria burocrática experta y especializada, el gobierno podría brindar estabilidad económica e incrementar el bienestar social al promover la eficiencia económica, redistribuyendo recursos al reducir o eliminar subordinaciones socioeconómicas y al proteger a las futuras generaciones.

²⁶ SHAPIRO y TOMAIN (2003: 10).

²⁷ El plan consistía en incrementar de nueve a quince el número de jueces siendo que seis nuevos, al ser nombrados por Roosevelt y «su» Congreso, serían escogidos de entre aquellos afines al *New Deal*.

²⁸ Las actuales exigencias de transparencia a través de audiencias públicas para discutir el proyecto regulatorio, por ejemplo, surgieron dentro del sistema americano como reacción a las iniciales imposiciones autoritarias del *New Deal*. Particulares son las provisiones del *Administrative Procedure Act* respecto al ejercicio de la *rulemaking authority* o de creación normativa por parte de la Administración.

bre los actos de Administración ya que le estaba prohibido remover a los directores de estas entidades²⁹.

Robert NAKAMURA precisa la magnitud del cambio representado por la aceptación de las *independent agencies* dentro del sistema norteamericano y recuerda que durante el primer tercio del siglo XX los jueces federales, por temor a la arbitrariedad, sistemáticamente habían bloqueado muchos intentos legislativos por proveer a las agencias administrativas de poderes discrecionales que les permitiesen lidiar con los problemas sociales del día a día, siendo que en la última etapa una de las armas favoritas de los *Nine Old Men* (así llamó despectivamente Roosevelt a los jueces de la Suprema Corte) fue el veto a la llamada teoría de la delegación legislativa, fundándose en que la separación de poderes consagrada en la Constitución americana, expresamente, impedía que el Congreso pudiese delegar poderes legislativos a cualesquiera otra entidad³⁰; así, bajo este argumento, el *National Recovery Act* (NIRA) y el *Agricultural Adjustment Act* (AAA), piedras angulares de los programas reactivadores de la economía de Roosevelt, fueron puestos en entredicho por la Corte³¹ siendo que no fue sino hasta que *Schechter Poultry Corp. v. United States* (1935) resolvió la guerra de poderes que se tuvo la certeza de que los tiempos habían cambiado³². Traerse abajo una expresa disposición de la Constitución, nada menos, es lo que representó las *independent agencies* dentro del sistema constitucional americano.

Como bien precisa SCHOENBROD, desde la perspectiva de la muy regulada sociedad actual, es difícil comprender la verdadera dimensión de este cambio y de cómo el *New Deal* supuso una seria amenaza a los poderosos intereses de la industria y comercio norteamericanos pues, por un lado, si bien la regulación de los mercados privados había existido desde tiempos anteriores a la independencia, el *New Deal* significó un incremento sin precedentes en la actividad gubernamental federal sobre la libertad de los agentes económicos y, por otro lado, porque el *New Deal* partía de la premisa fundamental de que el modelo capitalista era intrínsecamente defectuoso, es decir, aceptaba las tesis comunistas, lo cual fue visto como un cambio dramático respecto a tiempos anteriores en los que se creía que la libre interrelación crearía el bienestar general³³.

²⁹ David SCHOENBROD, *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation*, New Haven, CT: Yale University Press, 1993, pág. 14.

³⁰ Robert NAKAMURA, *Taming regulation: Superfund and the Challenge of Regulatory Reform*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2003, pág. 32.

³¹ Un buen ejemplo de esta delegación es la producida en favor de la Secretaria de Agricultura de los EE.UU. otorgada en 1933, por la cual se le delega la potestad de emitir leyes llamadas «Leyes del Mercado Agrícola» que limitaba la cantidad que cada productor debía despachar al mercado. La ley estatuye que la Secretaria debe buscar mantener mercados «ordenados», incrementando el ingreso de los agricultores, prevenir elevados precios para los consumidores y proteger el interés público. David SCHOENBROD (1993: 4, 8).

³² En caso en cual dos de los jueces supremos (*justices* Hughes y Roberts) cambiaron sus posturas conservadoras al darse cuenta de la amenaza real que significaban los planes de Roosevelt por reformar la Corte y ver el poco respaldo popular que sus decisiones conservadoras tenían.

³³ SCHOENBROD (1993: 14).

Así pues, decidida la existencia de las *independent agencies* o EARI y aceptada la insuficiencia de las fuerzas naturales del mercado para lograr el bienestar general, los programas del *New Deal*, y sus sucedáneos, fueron llevados a cabo en las décadas siguientes valiéndose de este diseño institucional que nosotros conoceríamos luego. Programas como la *Great Society* del presidente Johnson de los sesentas, dirigida a luchar contra la discriminación y pobreza, y luego, en los setentas, con la atención pública a la degradación medioambiental, la inseguridad de productos (aviones y automóviles) y los peligros en el centro de trabajo, fueron los nuevos campos a los cuales se expandió la policía administrativa federal, fin para el cual se crearon sendas agencias federales bajo el modelo de los EARI³⁴. Bien precisa EISNER que las razones que fundamentaron las metas iniciales buscadas con el diseño regulatorio fueron, antes que nada, un profundo escepticismo acerca de la distribución del poder económico en la sociedad así como por una renovada repulsión a los excesos del modelo capitalista; de ahí que las mayores iniciativas en este periodo, antes que promover la estabilidad económica o revitalizar los mercados, justificados en la emergencia nacional, como había sido antes, estaban destinadas a decididamente proteger a los ciudadanos frente a las aumentadas amenazas a su salud y al medioambiente ocasionados por la producción industrial de gran escala³⁵.

3. *La expansión global de las EARI*

Un tercer momento histórico a resaltar para, en mi opinión, tener una cabal comprensión de la situación actual de los EARI, en cuanto a su expansión a países distintos a donde se originó, es el periodo que sigue al colapso del Estado del Bienestar, ocurrido a partir de la segunda mitad de la pasada década de los setentas; un colapso del tipo de relaciones del gobierno con sus ciudadanos que, a su vez, implicó la redefinición de la forma en la cual los gobiernos incidirían sobre los mercados. Europa y sus administraciones nacionales, estructuradas bajo la técnica del servicio público, rediseñaron sus instituciones siguiendo el modelo americano de los EARI, pasando a utilizar la técnica del poder de policía administrativa para controlar las actividades económicas.

³⁴ Las agencias creadas fueron, entre otras, la Agencia para la Igualdad en el Trabajo (*Equal Employment Opportunity Commission*, 1964), la Agencia de Protección de la Seguridad y Salud en el Trabajo (*Occupational Safety and Health Review Commission*, 1971), la Agencia de Protección del Consumidor (*Consumer Product Safety Commission*, 1972), la Agencia Reguladora de la Energía Nuclear (*Nuclear Regulatory Commission*, 1975) y la Agencia Reguladora Federal (*Federal Regulatory Commission*, 1977).

³⁵ Lo ocurrido la región de los Grandes Lagos, consecuencia de la ausencia de regulación y control sobre los contaminantes industriales, quebró la opinión pública norteamericana a favor de la expansión administrativa ya no sólo de control sino de planeación. Es interesante al respecto el trabajo de María Teresa CARBALLEIRA RIVERA, «La tutela ambiental en el Derecho norteamericano», núm. 137 de esta REVISTA, mayo-agosto 1995.

Mark THATCHER, intentando comprender el por qué del cambio, precisa que el recurso a los EARI formó parte de un movimiento de reforma regulatoria mediante el cual se ha transformado la gobernanza de los mercados en Europa³⁶, una corriente por la cual los gobiernos, democráticamente elegidos, se auto limitarían en la definición y defensa del interés general en determinadas áreas «importantes» de la Administración, cediéndoselas a técnicos especializados a quienes, por una parte, se les otorgaban significativas parcelas de independencia en la gestión de las nuevas entidades reguladoras y, por otra, considerables atribuciones discrecionales respecto a la definición del contenido de la regulación de los mercados³⁷.

La transformación anotada, sin embargo, no se detuvo en el Reino Unido o Europa³⁸ pues también llegó a Latinoamérica, una región en donde la utilización de diseños parecidos a los EARI había estado confinada por largo tiempo a organismos fuera de la estructura de la administrativa pública y que detentaban una autonomía constitucionalmente reconocida, tal es el caso de los bancos centrales³⁹, pero que a partir de los noventa, años de las transformaciones del Estado del Bienestar, se convirtió en frecuente el adoptar el modelo institucional de los EARI pues se seguía una nueva convención que les exaltaba como «buena práctica» en el gobierno; unas reconfiguraciones inicialmente limitadas a entidades recaudadoras de impuestos pero que luego, en la reforma de las anquilosadas estructuras administrativas del Estado del Bienestar, devinieron en el rediseño institucional hegemónico de la región, impulsadas por las «recetas económicas» de los organismos multilaterales de crédito⁴⁰.

³⁶ «... es la creación de entes públicos que sujetan su actividad al Derecho privado, proceso que inaugura el fenómeno de huida del Derecho Administrativo». Silvia DEL SAZ CORDERO, «La huida del Derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», núm. 133 de esta REVISTA, Madrid, enero-abril 1994, pág. 63.

³⁷ Mark THATCHER, «Regulatory Agencies, the State and Markets: A Franco-British Comparison», *Journal of European Public Policy*, 14: 7, 2007, pág. 1028.

³⁸ En España resulta paradigmático el caso de la Agencia Estatal de Recaudación Tributaria, cuyo reconfiguración bajo el modelo de los EARI ha sido calificado por GARCÍA DE ENTERRÍA como de «escandaloso» (prólogo al libro *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, de C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ) y por SORIANO como «ejemplo brutal y cínico» (José Eugenio SORIANO, *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1993, pág. 5); un estudio detallado sobre los alcances despublicadores en España podemos encontrarlo en Fernando GARRIDO FALLA, «Privatización y reprivatización», núm. 126 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre 1991, págs. 21 y ss.

³⁹ Véanse al respecto Martin MARCUSSEN, «Central Banking Reform around the Word: Only by Nigh Are All Cats Grey», en *Transcending New Public Management*, Tom Christensen y Per Laegreid (eds.), Aldershot, UK: Ashgate Publishing, 2007, y Robert R. TALIERCIO, «The Design, Performance, and Sustainability of Semi-Autonomous Revenue Authorities ...», *op. cit.*

⁴⁰ Jacint JORDANA y David LEVI-FAUR, «Toward a Latin American Regulatory State? The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies across Countries and Sectors», en *International Journal of Public Administration*, 29, 2006, pág. 335.

III. LA NECESIDAD DE CREDIBILIDAD INSTITUCIONAL

La convención y hegemonía se legitimó aún más, según Gilardi, por la urgente necesidad de credibilidad institucional demandada de aquellos países en los que el gobierno, siguiendo los principios del Estado del Bienestar, había controlado la economía; una auto limitación en la determinación y defensa del interés general⁴¹ manifestada en la delegación de potestades públicas hacia los EARI, enviando un poderoso y claro mensaje al mercado global: otorgar importantes poderes a expertos independientes para incrementar la credibilidad y compromiso con las políticas públicas que afectasen al mercado y la economía, antes intervenidos⁴². De ahí que la presencia de los EARI en Latinoamérica, y su configuración como agentes provistos con sustanciales capacidades de veto en la toma de decisiones respecto al contenido de las políticas públicas⁴³, fueron vistas como un método válido para superar la amenaza de inconsistencia en el tiempo, algo siempre presente en la implementación de las políticas públicas de los países latinoamericanos⁴⁴.

De ahí que cuanto más privatizada esté una economía, es decir, de cuanto mayor sea el protagonismo que quiera darse a los agentes privados en la asignación de los precios, mayor será el grado de dependencia por el capital foráneo y, consecuentemente, mayor la necesidad de crear un diseño institucional estable, tecnocrático antes que político en su orientación⁴⁵. Debemos resaltar esta última sentencia, la de la opción tecnocrática de gobierno, pues ella es la piedra angular que sostiene la justificación de los EARI, desde el convencimiento de que un eficiente servicio al bien común exige la separación entre Política y Administración.

Pero, más allá de solventar problemas de credibilidad de las políticas públicas hacia organismos multilaterales de crédito, JORDANA y LEVI-FAUR sugieren que los EARI se expandieron en razón de las demandas a los gobiernos de países emergentes por mejorar los índices de riesgo-país y de competitividad de sus economías⁴⁶, requerimientos que se vieron obligados

⁴¹ Para CASSESE, este problema tiene entidad constitucional pues está relacionado con la «accountability» de estas entidades independientes. Sabino CASSESE, «La transformación del servicio público en Italia», *Actualidad en Derecho Público*, núm. 4, Buenos Aires, mayo-agosto 1996, págs. 6-7.

⁴² Fabrizio GILARDI, «Policy Credibility and Delegation to Independent Agencies: a Comparative Empirical Analysis», en *Journal of European Public Policy*, 9: 6, 2002, pág. 874.

⁴³ «La capacidad de un estado por concretar reformas administrativas depende del número de puntos de veto formales y reales que los actores administrativos tienen a su disposición en orden a influenciar y resistir iniciativas políticas y sociales de reforma», en Christoph KNILL, «Explain Cross-National Variance in Administrative Reform: Autonomous versus Instrumental Bureaucracies», *Journal of Public Policy*, 19: 2, 1999, pág. 115.

⁴⁴ GILARDI (2002: 876).

⁴⁵ JORDANA y LEVI-FAUR (2006: 335).

⁴⁶ Estas instituciones se transforman en ámbitos de relación entre empresarios y políticos y de búsqueda de apoyos internacionales. La nueva ingeniería de la política (sondeos, encuestas, campañas) hace que las altas tecnocracias del Estado, como precisa J. Brunner, tiendan cada vez más a estructurarse en torno arenas de decisión donde participen miembros

a satisfacer para tener mejores opciones de participar en el mercado global de capitales, atrayendo inversiones de agentes económicos internacionales con el objetivo último de la generación de nuevos puestos de trabajo; para estos autores, la comprobación de la dependencia del estado nacional por capitales extranjeros, y de su necesidad por atraerlos, es la mayor fuerza subyacente que ha impulsado las reformas hacia los EARI. El hecho de que los gobiernos latinoamericanos, luego del colapso del Bienestar, se vieran comprometidos a crear y mantener un ambiente favorable para el mercado así como un régimen estable para las inversiones ha sido visto por muchos como un «secuestro» de las discusión de las políticas públicas por el objetivo último de las inversiones.

Así pues, al final, a pesar de que la historia mostraba que la «eficiencia sin política» no era lo que las *independent agencies* o EARI buscaban, sino que fueron la solución rápida para una situación particular norteamericana, la de una crisis política originada en una revuelta, estas consideraciones no fueron tomadas en cuenta en Latinoamérica en donde se sustrajo todo contenido político a las decisiones regulatorias de las EARI, asegurando la ineficiencia de las políticas públicas decididas para cuando éstas se apliquen. La ausencia de verdaderos controles sobre los EARI como la incidencia del Congreso en sus presupuestos⁴⁷, una judicatura independiente capaz de refrenar el avance autoritario del presidencialismo latinoamericano o, al menos, unas calidades técnicas mínimas para acceder a los directorios de los EARI⁴⁸, han hecho difícil, sino imposible, verificar la definición y exigencias del interés general por este tipo de entidades; desafíos que se acrecientan y convierten en amenazas reales a la democracia en los países latinoamericanos que, al carecer de estructuras consolidadas, no saben afrontar efectivamente los peligros producidos por la presencia de las EARI, exacerbando el discurso antidemocrático y populista de las izquierdas «revolucionarias» que presentan a la democracia como intrínsecamente ineficiente en la concreción del bienestar general, al ser fácilmente capturable y puesta a servir intereses particulares organizados.

de una cofradía (externa al aparato) de consultores, asesores temporales, expertos diversos, agentes de sensibilización y portadores racionales de los intereses sobre los que se trata de decidir. Integrar esta nueva burocracia política requiere de conocimiento, recursos técnicos y económicos. El modelo está sustentado en una visión profesionalizada que se basan en los principios del *marketing* y además casi siempre en una preparación más sofisticada de sus miembros. Se produce un fenómeno en virtud del cual, la economía se autonomiza de la política y ésta se especializa y tecnifica». Silvio LERER, «Democracia, participación y regulación negociada», *Revista Jurídica La Ley*, tomo 1997B, Buenos Aires, pág. 1162.

⁴⁷ A diferencia del cogobierno norteamericano, en Latinoamérica sólo se aprueba, mas no se configura, el contenido del presupuesto público, lo cual limita el control de las actividades que pudieren realizar los EARI.

⁴⁸ El presidencialismo latinoamericano hace los directores de los EARI no sean designados por el Congreso sino por las altas esferas de poder que, en retribución a favores de campaña, puede facilitar la captura regulatoria de la agencia.

IV. RULEMAKING AUTHORITY O DELEGACIÓN DE POTESTADES LEGISLATIVAS EN LOS EARI: LOS PELIGROS Y LA INEFICIENCIA RESULTANTE

1. *Los peligros a las garantías del sistema democrático de gobierno*

Si asumimos que bajo la Constitución hay solo tres ramas dentro del gobierno, como de hecho ocurre con el grueso de las democracias latinoamericanas, entonces no es fácil situar las agencias independientes en una de ellas y excluirlas de las otras dos⁴⁹ pues ejercen todos los poderes de gobierno⁵⁰: poder legislativo en tanto poseen la autoridad de promulgar reglas de conducta con fuerza de ley, poder ejecutivo porque ellas son responsables por hacer cumplir las leyes y regulaciones a quienes las transgredan, y poder judicial en tanto emplean jueces administrativos que escuchan los casos traídos contra aquellos acusados por violar las regulaciones de la agencia⁵¹.

De ahí que al definir sus contornos constitucionales debemos tener en mente aquella historia hindú que CUSHMAN mencionaba en donde cuatro hombres ciegos, luego de palparlo, intentaban definir un elefante, y según cada cual se había ubicado en determinada parte del cuerpo del animal lo describían como una pared (el abdomen), un árbol (una pata), un abanico (una oreja) o una cuerda (la trompa); así pues, lo mismo sucede cuando se pretende dirimir la naturaleza constitucional y el estatus de los EARI dentro de la estructura de un gobierno democrático ya que nunca ha sido ni será fácil adscribir las dentro de la tradicional separación de poderes, con todas sus garantías y contrapesos, pues en diferentes épocas se las ha ubicado en uno u

⁴⁹ Robert E. CUSHMAN, *The Independent Regulatory Commissions*, New York: Octagon Books, 1972, pág. 420.

⁵⁰ CASSAGNE intenta describirlas: «Las potestades que el ordenamiento consagra en cabeza de los entes regulatorios tienen distinta naturaleza y extensión. El panorama es amplísimo y abarca desde las clásicas potestades administrativas vinculadas con la fiscalización de los servicios y el cumplimiento de las condiciones fijadas en los contratos de concesión o licencias, incluyendo el control sobre la aplicación de las tarifas y el establecimiento de sus bases, hasta aquellas potestades de naturaleza disciplinaria relacionadas con la imposición de sanciones, y aún aquellos poderes inherentes a la prevención de conductas competitivas. A su vez, el cuadro de las potestades atribuidas en los marcos regulatorios ofrece una rica gama de poderes reglamentarios tanto en materia de seguridad y procedimientos técnicos, medición y facturación de los consumos, control y uso de medidores, interrupción y reconexión de los suministros, acceso a inmuebles de terceros y calidad de los servicios prestados, como con respecto a la aplicación de sanciones. En este aspecto rigen también los límites que se han señalado al analizar el principio de la competencia. Al propio tiempo, los marcos regulatorios han asignando también a los respectivos entes potestades para resolver controversias entre terceros estableciendo en unos casos (gas y electricidad) la obligatoriedad de la jurisdicción, mientras que en otros (Ente Regulador del Agua) dicha jurisdicción es facultativa, se trata del ejercicio de típicas funciones jurisdiccionales que los entes regulatorios pueden llevar a cabo con arreglo a los principios y límites establecidos por la doctrina y la jurisprudencia». Juan Carlos CASSAGNE, «Los nuevos entes...», *op. cit.*, págs. 45-46.

⁵¹ Erwin CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, Gaithersburg, MD: Aspen Law & Business, 2001, pág. 251. En los EE.UU. la *Primary Jurisdiction* es, grosso modo, lo que nosotros conocemos como primera instancia administrativa.

otro lado según cuál haya sido el consenso de la época, unas veces aceptando y otras rechazando su presencia⁵².

Los latinoamericanos sabemos muy bien que la concentración de poderes, como bien lo recuerda la cita de HAMILTON que precede esta monografía, produce la simple y llana definición de tiranía, o dictadura en nuestro caso, sin importar cuál sea la excelsa justificación que la sustente. Podríamos extendernos en señalar cómo los EARI han trastocado los contrapesos y garantías ofrecidas por la división de poderes sobre la que sustenta todo gobierno democrático, pero creemos que debemos concentrarnos en la función legislativa, a la que consideramos representa el mayor peligro para la democracia latinoamericana porque les permiten a los EARI una discrecionalidad que puede ser y ha sido puesta al servicio de intereses privados, direccionando la acción reguladora en su favor; lo cual no ocurre del mismo modo en el ejercicio de las potestades ejecutivas y judiciales las cuales son supervisadas por órganos superiores que bien pueden dictarle el sentido correcto de una decisión tomada⁵³, circunstancia que no ocurre con las potestades legislativas, donde el oscurantismo técnico puede justificar cualquier cosa⁵⁴.

SHAPIRO, criticando la experiencia estadounidense, comenta que el diseño institucional de los EARI ha obtenido mejor reputación en Europa que en los EE.UU., esto porque los europeos no se han dado cuenta de que las agencias americanas fueron hechas casi independientes no por el Congreso, lo cual, en cierta forma, a los ojos del dogma de la autonomía de la voluntad, les habría otorgado mayor legitimidad, sino por opinión de la Corte Suprema, en lo que se ha llamado *jurocracia* o gobierno de los jueces sin que hayan sido electos y, por tanto, sin legitimidad democrática para imponer cargas sobre la colectividad, un hecho ocurrido al final de la guerra de poderes mencionada antes. Los europeos, por otra parte, pasan por alto que los EARI no fueron de-

⁵² CUSHMAN (1972: 427).

⁵³ Son interesantes al tesis de Macri referidas a cómo en el sistema americano existe posibilidad, aunque extrema, de la avocación presidencial respecto a materias de competencia de las *independent agencies* y ello porque en ese país el Presidente es el jefe de la Administración del Estado y como tal tiene la posibilidad de avocarse al conocimiento de cualquier cuestión planteada ante cualquier agencia de la Administración; la razón de esta posibilidad radica en el hecho de que así se garantiza el sometimiento de estas entidades a una autoridad electa. En ese sentido, Macri plantea esta avocación presidencial como una forma de contrarrestar la autarquía institucional de los entes reguladores argentinos; señala también que un gobernante mínimamente sensato (a esto ayudan los índices riesgo-país) debe tener muy presente la excepcionalidad de la medida para que ésta no se convierta en la vía de interferencia política en los entes reguladores. Eduardo MACRI, «Avocación presidencial y entidades autárquicas», *Revista de Derecho Administrativo*, año 12, núm. 32-35, Buenos Aires, enero-diciembre 2000, págs. 437-494.

⁵⁴ «Algunas de las objeciones a la constitución de comisiones reguladoras se basan en la concepción de que las competencias de la Comunidad son esencialmente legislativas... la delegación de atribuciones en organismos independientes se concibe por los Estados miembros como una interferencia inadmisibles que peligran con modificar el delicado equilibrio de poderes establecido en el seno de la Comunidad en relación con los Estados. Por otra parte, no existe una tradición de la Comunidad en la regulación por medio de autoridades independientes, lo que también se ha esgrimido como una objeción a su desarrollo». Santiago MUÑOZ MACHADO (1998: 263).

signadas para ser políticamente neutrales (una de sus mejores cartas de presentación en el extranjero) sino para institucionalizar un balance entre los dos principales partidos políticos a consecuencia de un contexto particular y único en la experiencia norteamericana, como lo fue la *Grangers Revolt* mencionada, que tenía poco o nada que ver con la eficiencia en el servicio al interés público⁵⁵.

Así pues, todas estas consideraciones, que desaconsejaban el recurso a los EARI, fueron, simplemente, pasadas por alto en la experiencia latinoamericana donde, además, fueron creadas autoritariamente, impuestas mejor dicho, mediante decretos emitidos por gobiernos «secuestrados» por «recetas» de organismos multilaterales que ataron dichas reformas a la aprobación de créditos, sin que haya habido discusión pública (ONGs *watchdogs*, partidos políticos, organizaciones de la sociedad civil) ni oposición, dada la ausencia de institucionalidad que pueda refrenar a los ejecutivos autoritarios (legislativos con mayoría oficialista legal o ilegalmente lograda, judicatura sometida); la independencia de los EARI, por otra parte, no ha sido real pues aquí, más que en ninguna parte, las puertas han estado y están amplias para la captura y el concepto de «conflicto de intereses» para los directores y funcionarios de los EARI todavía está vacante de desarrollo legislativo.

2. *La Ineficiencia resultante de la delegación-abdicación de potestades legislativas en favor de los EARI*

A) *La captura de la agencia.*

Hasta la era de la desregulación la doctrina había estado silente respecto a los riesgos que conllevaba la transferencia de potestades legislativas a los EARI⁵⁶. Es recién a partir de la crisis de mediados de los setentas, originada en parte por el sobredimensionamiento del Estado del Bienestar, que aparecieron los dos argumentos mayores, a nuestro parecer, en contra de la regulación proveniente de los EARI: la captura real de muchos EARI por intereses particulares y la comprobación de no-razonabilidad de muchas de las decisiones tomadas a espaldas de la ciudadanía desde un plano autoritario antes que democrático.

La captura fue explicada como una consecuencia natural del proceso de envejecimiento regulatorio, el cual se manifiesta cuando las políticas regulatorias han perdido el inicial soporte de autoridades electas y de grupos de amplia base pública, momento en el cual la agencia «en quieta desesperación

⁵⁵ Martin SHAPIRO, «“Deliberative”, “Independent” Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo E.U.?», *Law and Contemporary Problems*. Duke University. [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+41+\(summer+autumn+2005\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+41+(summer+autumn+2005)), pág. 10.

⁵⁶ Un interesante análisis de la cuestión de la independencia de los reguladores puede encontrarse en Paola CABEZAS CESCATO, «Propuestas sobre la independencia de los entes reguladores», *Revista Jurídica La Ley*, tomo 1998D, Buenos Aires, págs. 1325-1329.

se vuelca hacia sus propios regulados en busca de apoyo», cesando su protección al interés general y deviniendo en coparticipes de la expurgación⁵⁷. Prácticas como el *revolving door* son una de las modalidades de captura la cual, como EISNER bien apunta, quedó en evidencia cuando muchos abogados patrocinantes de intereses privados (lobbistas) se acercaron al sector público para «adquirir experiencia y conocimiento especializado», en una suerte de pasantía, para direccionar las regulaciones en favor del sector regulado, y luego, con el conocimiento y conexiones ya establecidas, buscar trabajo en la industria que antes estaba bajo su control⁵⁸.

Que la regulación haya sido puesta a favor de determinados intereses explica muy bien por qué muchos economistas de la era de la desregulación estuvieron escépticos respecto a que las industrias pudieran ser alguna vez desreguladas debido a que varios grupos de interés beneficiarios del *status quo* (incluidas las industrias reguladas) ejercerían gran influencia en el proceso regulatorio⁵⁹. De ahí que es fácil entender por qué la politiquería del día a día ha producido la pérdida de fe en la Administración como defensora del interés general pues se ha comprobado, repetidamente, que sus técnicos expertos «independientes» tienen las puertas abiertas para capturar las agencias y usarlas para obtener ventajas partidarias o, lo que es peor, favorecer a intereses particulares⁶⁰. Sea que se llame potestad legislativa, *policymaking*, o algo con un significado más benigno, la discreción administrativa es algo omnipresente y les otorga sustancial poder a los administradores y reguladores para moldear a su antojo los contornos de los programas regulatorios⁶¹, un nocivo efecto que se agudiza aún más si en la delegación hecha se les autoriza a autofinanciarse, como ha ocurrido en Latinoamérica⁶², caso en el cual ya ni siquiera sus presupuestos podrán servir para controlarles, como ocurre en los EE.UU.

Después de décadas de reforma regulatoria mediante los EARI, es un hecho que grupos de interés todavía ejercen influencia en las agencias regulatorias y en el Parlamento. Pero ¿qué intereses? y ¿acaso debemos cuidarnos de ellos? Es la pregunta que AEI-Brookings, una de las *think tank* más importantes de los EE.UU., nos plantea⁶³. La respuesta parece ser afirmativa respecto a que la industria tiene gran influencia en el diseño regulatorio y que debemos cuidarnos pues sus intereses son, en muchos casos, servidos por normatividad tecnocrática direccionada en su favor. De esto últimamente parecen hacerse dado cuenta académicos, legisladores y miembros de la sociedad civil organizados en las Organizaciones No-Gubernamentales interesadas en

⁵⁷ NAKAMURA (2003: 18).

⁵⁸ Marc Allen EISNER, *Regulatory Politics in Transition*, 2nd ed., Baltimore, Md.: Johns Hopkins University Press, 2000, pág. 16.

⁵⁹ AEI-BROOKINGS JOINT CENTER FOR REGULATORY STUDIES, *Deregulation of Network Utilities, What's Next?*, Brookings Institute Press, 2000, pág. 189.

⁶⁰ SHAPIRO (2005: 4).

⁶¹ NAKAMURA (2003: 32).

⁶² Francesca GAINS, «Executive Agencies in Government: The impact of Bureaucratic Networks on Policy Outcomes», *Journal of Public Policy*, 23, 2003, págs. 64-5.

⁶³ AEI-BROOKINGS (2000: 189).

controlar los actos del gobierno, las llamadas *watchdogs*, quienes vienen criticando severamente a aquellos reguladores que se han alejado de los estrictos confines de la ley a la que están sujetos, o que han usado una discrecionalidad no autorizada para seleccionar a sujetos a quienes exigir la acción regulatoria o que han entrado en informales, «detrás de las puertas», negociaciones con potenciales corruptores⁶⁴.

B) *La no-razonabilidad de las regulaciones originadas en los EARI.*

Un segundo argumento en contra de los EARI está referido a las acusaciones de no-razonabilidad de sus regulaciones. Esto es, en buena parte, consecuencia del fenómeno anterior pues toda decisión pública que se tome a puertas cerradas, en la cual muy bien pueden prevalecer intereses contrarios al general, tiene en gran medida asegurada su no-correspondencia con la realidad que pretenda regular. En este argumento ya no se trata de cuestionar las grandes lesiones jurídico-constitucionales ocasionadas por la presencia de los EARI sino, a un nivel mucho más llano, señalar, por un lado, los sobrecostos impuestos a las industrias reguladas, haciéndoles disminuir su competitividad en el mercado global, y sus consiguientes efectos en la economía nacional y, por otro, que la regulación producida no logra solucionar los conflictos subyacentes entre intereses privados y el interés general que dieron lugar a la intervención regulatoria; unas afectaciones que salieron a luz luego de que las crisis de los setentas repercutieran decisivamente en la recesión económica vista en los ochenta, época en la que se trajo a discusión la necesidad de desregular una estructura normativa decidida sin escuchar a los que iba a afectar⁶⁵.

⁶⁴ NAKAMURA (2003: 28).

⁶⁵ «Entre los estadounidenses, el mencionado fenómeno de la publicidad de los actos de gobierno se relaciona —desde hace más de dos décadas en el orden federal— con las “*open meetings*”... enraíza en la esfera de los gobiernos locales y se expande, en un estadio posterior; hasta la esfera federal del gobierno... abarca no sólo la participación pasiva o presencia durante las sesiones de ciertos organismos, sino también otros eventos con participación activa. Las *open meetings*,... constituyen una forma de participación —si bien, en principio, pasiva— de los gobernados en el quehacer del gobierno... al permitirse que los ciudadanos participen en aquella se contribuiría a legitimizar la maquinaria política... algo más que una modalidad procedimental [pues] nos referiremos a un principio cardinal que marca el punto de partida para la democratización de la función de gobierno... El pueblo debe poder “ir más allá y por detrás” de las decisiones tomadas y conocer los “pros y contras” del caso si de juzgar sabiamente las cuestiones de política y de elegir inteligentemente a los representantes se trata. La presencia de observadores externos constituye una ayuda insustituible en el proceso de hacer que esa información esté disponible, ya que los informes oficiales, si es que son emitidos, pocas veces proveerán un resumen completo del debate que llevara a un curso de acción en particular. Aún cuando sólo unos pocos periodistas y ciudadanos interesados estén presentes, el beneficio de conceder acceso a las sesiones se expandirá a un segmento aún más amplio de la población, porque los presentes transmitirán la información obtenida». Estela SACRISTÁN, «Las sesiones públicas (*open meetings*) del Derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa», *Revista de Derecho Administrativo*, año 11, núm. 30-32, Buenos Aires, enero-diciembre 1999, págs. 389-391.

CUSHMAN señala que cuando el Parlamento establece amplias y expansivas metas para las políticas públicas y luego delega su autoridad legislativa a los EARI para que las concreten a nivel de detalle, lo que en realidad está haciendo es abdicando de sus potestades legislativas pues cuando esto sucede provee beneficios a grupos o sectores sociales individualizables sin asumir responsabilidad política, tanto por la implementación de decisiones individuales como por el éxito final de los programas implementados⁶⁶. De ahí que los críticos apuntaban a que la delegación ha devenido en una presunción antes que una posibilidad de acción del Parlamento, y que cuando investigadores empezaron a comprender más claramente cómo es que la delegación realmente funcionaba, ella ya estaba tan profundamente arraigada en la estructura del gobierno que parecía ser parte necesaria del paisaje administrativo⁶⁷.

La no-razonabilidad, como NAKAMURA señala, va en dirección opuesta a la captura pues a diferencia de ésta, donde el interés está en los efectos «positivos» de la regulación en favor de unos pocos, en aquella el interés es por los efectos negativos tanto hacia los sujetos bajo mandato de los EARI como a la comunidad entera, afectados todos por una postura agresiva, impulsada externamente por aquellos grupos que conducen la captura, o internamente por la aplicación ciega de regulaciones «llevadas-por-el-libro» para situaciones en las cuales todos los intereses envueltos podían ser mejor servidos con mayor flexibilidad y razonabilidad⁶⁸. Respecto a esto último, no es sorprendente el recurso de muchas agencias por este camino de menos resistencia y de gran seguridad política y legal pues aquí no podrá ser culpada por realizar actos *ultra vires* de la potestad legislativa delegada, ello sin importar que el resultado final de la regulación sea ineficiente, incluso irracional⁶⁹.

Estos efectos negativos se avivan con la corrupción, siempre presente, y por la ligereza con la que se toma la actividad regulatoria, equiparándola, reduciéndola, a simple función ejecutiva, sin tomar en cuenta el ejercicio de *ius imperium* y el importante efecto social de sus actos cuasi-legislativos. SPARROWS, un autor inglés, explicando las graves consecuencias de la independencia de los EARI, hacía un símil entre la actividad de regulación y la de policía de seguridad, y llegaba a la conclusión de que los corruptores, como los delincuentes, de una u otra forma, siempre van a estar entre nosotros, siendo necesario que el gobierno los restrinja con sus agencias reguladoras las cuales, como la policía, han de proveer obligaciones (actos de derecho público) antes que servicios, pues su acción no estaba dirigida a quienes son sus consumidores o clientes sino a la comunidad entera, razón por la cual, como los policías, realizan, en verdad, una función social esencial: proteger al público de actos peligrosos y potencialmente destructivos de aquellos agentes privados que violan prohibiciones o cuyas acciones están sujetas a cierta forma de control gubernamental en aras del interés público⁷⁰.

⁶⁶ EISNER (2000: 13).

⁶⁷ SCHOENBROD (1993: 13-14).

⁶⁸ NAKAMURA (2003: 19).

⁶⁹ *Ibid.*: 28.

⁷⁰ *Ibid.*: 29.

De ahí que poner en manos de organismos estructurados bajo el modelo de los EARI la función del control social de áreas tan importantes, en donde se deciden nada menos que los grados de incidencia de una medida sobre un determinado grupo social, es dejar las puertas abiertas para que los corruptores busquen las formas para influir en las agencias y eludir la defensa del interés general (léase oscuras decisiones «técnicas»); un fenómeno acrecentado en países con administraciones débiles, como las latinoamericanas, las cuales, para suplir falencias estructurales, todavía detentan un aura de superioridad por sobre el ciudadano que les permite decidir, literalmente, «a puertas cerradas» y sin expresión de causa, los motivos que le llevaron a decidir en un sentido u otro.

La realidad ha demostrado con suficiencia que al estar ausente la discusión respecto de los márgenes del *costo razonable* generalmente percibido dentro de la comunidad en la cual la regulación va a ser aplicada, el costo impuesto por una regulación de los EARI será siempre mucho mayor a aquello que la eficiencia demandaba, una verificación que, para mal de males, se dará sólo luego de que los efectos negativos sean tan evidentes que sea imposible negarlos, lo cual, como de hecho ocurrió, puede tomar décadas en salir a la luz. La ausencia de política en decisiones técnicamente perfectas, pero que no se condicen con la realidad, propias de los EARI, cobra, al final, un significativo precio en la eficiencia de las políticas públicas cuando éstas son tomadas a puertas cerradas ya que al no estar presente la política sino sólo la técnica, no hay, realmente, un interés público que pueda aspirar a ser razonable sino sólo los intereses especiales de cualesquier actor o grupo organizado que proyecte un interés particular hacia lo público, sean éstos los de la industria que ha capturado a la agencia o los de los propios funcionarios⁷¹, y por ello mismo son inherentemente ineficientes, inefectivas y hasta contraproducentes⁷², si lo que se busca es la consecución de las metas colectivas.

Que los actos y decisiones de estas agencias independientes puedan estar sujetas a escrutinio judicial, haciendo fácil a las partes descontentas retar las definiciones del interés general y reglas emitidas por los EARI, posibilitando, en cierta forma, algún contrapeso, no desdice las críticas planteadas pues, por un lado, las Cortes siempre han rehuído a discutir cuestiones técnicas y, por otro, a pesar de que, por exigencias tanto del Parlamento (transparencia) como de las Cortes (debido proceso), se haya producido una ampliación sustancial de la lista de participantes necesarios para el proceso de creación legislativa de los EARI esto ha generado costos adicionales (convocatoria, participación y búsqueda de consenso) e incertidumbre (riesgos de asambleísmo y populismo) en los procesos regulatorios⁷³.

⁷¹ SHAPIRO (2005: 4).

⁷² NAKAMURA (2003: 93).

⁷³ *Ibid.*: 25-32.

C) *La difícil verificación de la defensa del interés general en las normas producidas por los EARI.*

En nuestros días, el Ejecutivo se ha convertido en el principal productor de normas de conductas que todos, directa o indirectamente, debemos obedecer; un papel protagonista (el de la «turbo-regulación administrativa») justificado en su mayor capacidad técnica para apreciar la mejor defensa del interés general y sus constantes e inmediatas actualizaciones frente a amenazas por parte de intereses particulares. De ahí que en el estado administrativo moderno se haya originado en sucesivas delegaciones legislativas que le invistieron de sustancial autoridad legislativa y de determinación de políticas públicas, pero siempre bajo la responsabilidad política del Ejecutivo⁷⁴.

Llámesese potestad reglamentaria, de desarrollo normativo, o algo más benéfico, lo cierto es que la producción normativa «en serie» ha hecho que la Administración pase de ser ejecutor de la ley a quien determina el contenido mismo de las normas, lo cual se agrava si tomamos en cuenta el grado de desarrollo normativo que realiza, el cual llega al mínimo detalle, y que logra incidir decisivamente sobre la vida diaria de los ciudadanos; un vasto campo donde la discrecionalidad técnica ha mostrado todo su potencial para favorecer a unos y perjudicar a otros. De cómo potenciales ganadores y perdedores queden distribuidos y agregados al efecto de una decisión pública depende la diferencia entre politiquería (*politics*) y verdaderas políticas públicas (*policies*). Las políticas públicas sustantivas son las más polarizantes pues en ellas hay que zanjar valores colectivos en competencia siendo que por ello mismo son las más propensas a ser atacadas por la politiquería ya que distribuyen beneficios a individuos o grupos particularizables⁷⁵.

Los legisladores electos rehúyen de estas sustantivas dirimencias cuando abdican de sus potestades legislativas en favor de los EARI pues, por un lado, transfieren la determinación misma del contenido de las políticas públicas y, por otro, les permite estar silentes respecto de aquello que la agencia ha de prohibir, es decir, del ejercicio mismo del *ius imperium* del Estado⁷⁶. Resaltamos lo de la abdicación, pues en los EARI los supuestos de la delegación ya no están presentes. Recordemos, por un lado, que una ley genera una norma cuando instituye una regla de conducta y, por otro, que existe delegación cuando la ley empodera a una agencia a establecer qué reglas han de gobernar determinadas actividades, instruyendo en algún detalle acerca de cuáles metas deben ser alcanzadas o qué procedimientos debe seguirse en la producción de las normas de conducta⁷⁷. Pero con la transferencia de potestades

⁷⁴ *Ibid.*: 31.

⁷⁵ *Ibid.*: 4.

⁷⁶ «... lo único que se ha conseguido con ello es debilitar las garantías de buena Administración del control de los fondos públicos que, frente a la rapiña de políticos y burocráticos, se practica en el Estado organización». Eduardo RODRÍGUEZ CHIRILLO, *Aspectos jurídicos de la empresa pública en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1993, pág. 110.

⁷⁷ SCHOENBROD (1993: 9).

legislativas hacia los EARI⁷⁸ ya no puede hablarse de una delegación sino de una abdicación pues esas metas o procedimientos están ausentes bajo la expectativa de que transfiriendo la potestad legislativa se producirá una suerte de gobierno y determinación del interés general menos politizado y más ágil y atento, uno que no esté dominado por intereses concentrados⁷⁹.

La realidad ha demostrado que las expectativas esperadas de la delegación-abdicación no han sido satisfechas pues, como EISNER bien lo ha señalado, ese sistema ha resultado excepcionalmente sensible a las demandas locales y a los intereses de grupos pues es usual que el Parlamento pase legislación esquelética con vagos mandatos (e. g., regular «en el interés público») que hacen que, en la práctica, se abdique en favor de los EARI la autoridad de definir la sustancia y el contenido de las políticas públicas; unas delegaciones con las cuales los administradores se convierten, de hecho, en hacedores discrecionales de las decisiones colectivas, produciendo un importante cambio en la definición de lo que es la autoridad regulatoria. Es pues, en verdad, una abdicación en la que el Parlamento transfiere autoridad a los administradores y pierde su propia capacidad de controlar el ejercicio de esa autoridad (EISNER, 2000: 13).

La Constitución de un país democrático no puede ni debe ser leída en maneras tales que permitan a esos administradores reacomodar las atribuciones de sus poderes⁸⁰. En un sistema democrático y representativo de gobierno, para hacer posible las garantías de esta última característica, el Parlamento no puede delegar la potestad de hacer la ley pues esta actividad les fuerza a tomar responsabilidades políticas por la imposición de los costos y beneficios resultantes de la regulación además que sirve de ligazón entre el voto del legislador y la ley promulgada⁸¹, conexión sobre la que reposa todos los resguardos a la libertad de los ciudadanos⁸². Podrá decirse que la técnica es el mejor argumento para justificar la abdicación, pero la base científica en la que se basa la decisión regulatoria acerca de cuán seguro es lo suficientemente se-

⁷⁸ MUÑOZ ha llamado la atención al hecho de que las potestades normativas de las reguladoras algunas veces vienen determinadas por normas legales y administrativas mientras que en otros casos la potestad deriva directamente de la ley, atribuyéndole una potestad reglamentaria que pasa por alto al ejecutivo. MUÑOZ MACHADO (1998: 283 y ss.).

⁷⁹ SCHOENBROD (1993: 13).

⁸⁰ *Ibid.*: 157.

⁸¹ *Ibid.*: 16-7.

⁸² Desde las revoluciones francesa y americana el principio de representación ha estado presente y las Cortes, tanto a través del Derecho administrativo y su contencioso-administrativo del sistema continental como por las exigencias del debido proceso en la justicia del *common law*, siempre se han preocupado por hacerle vigente. Para ROUSSEAU, si una ley pretendía ser una de las leyes de libertad, y dejase de ser tiránica, debía ser promulgada por los propios ciudadanos representados en el Parlamento, en el entendido que uno no podía volverse esclavo si uno obedecía a una ley nacida de su propia voluntad representada. Por su parte, JOHN LOCKE, quien tuviera gran influencia en los Padres Fundadores y el espíritu de la Constitución americana, claramente estatuyó que el legislativo no podía transferir la potestad de hacer leyes a ninguna otra rama del gobierno porque cuando la representatividad les ha sido otorgada por los ciudadanos, éstos han estatuido taxativamente que «se someterán y serán gobernados por leyes hechas por tales hombres, en tales formas constitucionales, sin que nadie más puede hacer leyes en su representación». CUSHMAN (1972: 156).

guro o cuán limpio es lo limpio resulta típicamente débil ya que las decisiones finales siempre serán delineadas por perspectivas culturales, la política surgida de intereses contrapuestos o, incrementalmente, por procedimientos adversariales ante las Cortes de donde resultará una regulación-componenda que perderá coherencia⁸³. De ahí que la delegación-abdicación haya dado vía libre para que la politiquería (favores, prebendas, captura, puertas cerradas) sustituya a la Política (transparencia, audiencias públicas, deliberación, consenso) en la construcción de las decisiones colectivas, amenazando la libertad misma de los ciudadanos cuando a éstos se les obligan a obedecer normas en las que sus legítimos representantes (legisladores) no han participado.

3. *Ineficiencia cualitativa: La negación de la aspiración del consenso*

La presencia de los EARI dentro del sistema democrático de gobierno produce un importante efecto negativo adicional en aquella comunidad en donde existen; y es que la regulación originada en estas agencias administrativas zanja autoritariamente los conflictos sociales que pudiesen existir respecto de la determinación del interés general, el espacio mismo para el ejercicio de la Política⁸⁴. Si recordamos su origen histórico veremos que los EARI (*independent agencies*) lograron su expansión y configuración final dentro de un contexto de crisis, en tanto instrumentos expeditivos para la reactivación del *New Deal*, impulsados por un gobierno autoritario, como lo fue el de Roosevelt, que no escuchó razones, ni jurídicas ni económicas, frente a estas agencias que peligrosamente concentraban los tres poderes que constitucionalmente deberían ser administrados separadamente⁸⁵.

El legislativo cuando transfiere sus potestades hacia los EARI, para que supuestamente provean soluciones técnicas a los conflictos sobre el interés general, cierra las vías naturales para la recomposición política dentro de una comunidad dada pues el Parlamento, el lugar donde todos los intereses pueden concurrir, cuando abdica, permanece silente sobre los resultados de una regulación, sin que le importe si ella ha cumplido o no las metas impuestas en la delegación, es decir, no supervisa el resultado de la intervención de los EARI en la solución del conflicto subyacente. De esto se ha visto mucho en Latinoamérica y otros lugares donde los ciudadanos han sido sometidos a una suerte de tutela tecnocrática soberbia que se ha mostrado ineficaz a la hora de resolver los problemas de fondo, dando vía, al menos en Latinoamérica, a opciones radicales que quieren sustituir la democracia por formas autoritarias en donde la «mano fuerte» redimirá los conflictos en favor del interés general; una falsa presunción que sólo ha generado pobreza y corrupción.

⁸³ NAKAMURA (2003: 6).

⁸⁴ SCHOENBROD (1993: 10).

⁸⁵ CUSHMAN (1972: 420).

El empoderamiento de estas agencias, por un lado, ha abierto la posibilidad del abuso de las potestades confiadas en ellas, que en el caso latinoamericano han devenido en cuasi poderes subjetivos o de mando, dado los difusos fines públicos a los que deben servir los EARI⁸⁶, en tanto se les considera una suerte de redentores de la ineficiencia estructural de sus administraciones y, por otro lado, han generado desconfianza y desacuerdo de aquellos hacia quienes el poder coercitivo es dirigido pues la regulación, conversamente, negativamente, afecta ponderosos intereses sociales y económicos, lo cual hace mucho más controversial la consecución de efectividad en sus operaciones. Bien precisa NAKAMURA cuando dice que el problema político con la regulación no es tanto su coercitividad sino que esa coerción es dirigida hacia elementos de la sociedad con voz política propia y que, por lo tanto, es fácilmente maleable en favor de esos intereses⁸⁷.

Debemos tener presente que las consideraciones políticas en todo proceso regulatorio son un aspecto esencial para su real eficiencia. Es el componente cualitativo que asegura su aplicabilidad al mundo real, al grueso de sujetos pasivos que recibirán, supuestamente en su favor, la acción correctiva de la administración. La Política, el ejercicio de la razón práctica para determinar el contenido del «interés público» a defender, es indispensable de todo proceso de creación normativa; una comprobación que ha sido sacada a luz en numerosas decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU., que a partir de la *Administrative Procedure Act*, han exigido a la Administración, y sobre todo a los EARI, transparencia y participación ciudadana en la *rulemaking* o creación regulatoria a su cargo.

Por más ensalzada que esté la técnica, por sí sola, no basta para solucionar problemas sociales que demandan una la eficiencia que incluya a la razón práctica, la cual sólo puede ser lograda mediante el libre diálogo y la interrelación de aquellos afectados por las regulaciones públicas. De ahí que cualquier decisión que se tome a puertas cerradas, aún por técnicos muy capaces, siempre será sólo la componenda de determinados grupos que tengan presencia en la mesa del directorio de los EARI, generalmente aquellos mejor organizados, con voz y acceso a los oídos de los funcionarios (las industrias), y no el consenso entre todos a quienes afecte la regulación (industrias y ciudadanos), falencia que hará que los verdaderos conflictos salgan a la luz cuando la agencia trate de traducir las abstracciones populistas de los legisladores en reglas de conducta (e. g. aire «limpio» u «ordenada» actividad).

La experiencia técnica tiene también sus sombras pues ha sido comprobado que cuanto más alto se tomen las decisiones mayor será la desvinculación de la realidad y mayor el riesgo de reforzar el error entre ellos ya que al ser, supuestamente, los expertos, nadie aceptará que tantos puedan estar equivocados y se atrevan a retar el consenso. No obstante las bondades atri-

⁸⁶ Luis DE LA MORENA, «Los fines de interés público como “causa” y como “límite” de la competencia y como “medio” y “medida” de control jurídicos», núm. 85 de esta REVISTA, enero-abril 1978, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 151-221.

⁸⁷ NAKAMURA (2003: 5, 92).

buidas a los EARI, es bien sabido que en ellos las normas profesionales y asunciones analíticas de los técnicos logran, eventualmente, dominar la agencia, y administradores profesionales introducen variables esotéricas en el proceso de las políticas públicas⁸⁸ haciendo surgir el intrínseco problema que debe enfrentar todo gobierno democrático: cómo reconciliar el necesario uso de la coerción, en la que se basan los programas regulatorios, con la necesidad de retener el soporte popular a la política pública decidida en la mesa del directorio de las EARI⁸⁹. Unos nuevos desafíos que hoy Latinoamérica debe enfrentar, pasada la efervescencia libertaria de finales del pasado siglo.

El control sobre los expertos técnicos de los EARI es insuficiente como para resistir su influencia en el contenido de las políticas públicas. Martin SHAPIRO nos ofrece una reflexión sobre esta inevitable tensión entre controles democráticos de las políticas regulatorias y la confianza en los expertos y explica que las dos soluciones intentadas para lidiar con este problema han fallado pues, por un lado, la solución tradicional de los EARI, la de tener a los expertos al costado pero no arriba de la organización, no ha funcionado ya que en la práctica los expertos, supuestamente al costado, están, en realidad, al final, arriba de la organización, lo cual hace banal cualquier esfuerzo por evitar su influencia y, por otro lado, la solución de proclamar y ensalzar otro tipo de experiencia por sobre la experiencia técnica, donde la denigración es hacia expertos especializados y la preferencia por generalistas, que puedan ver panorámicamente y coordinar la visión de túnel de los expertos, tampoco ha tenido éxito pues las opiniones técnicas son las que más han sido oídas por los generalistas, haciendo que los tecnócratas sigan contando con una influencia decisiva en el resultado final⁹⁰.

Es por esto que los legisladores parecen haber tomado partido por una aproximación que, antes de resolver el fondo de la cuestión, es decir, el proceso deliberativo para la construcción de las reglas, simplemente, hacen más difícil la tarea regulatoria mediante requerimientos legislativos motivados por un deseo de limitar el ámbito de la autoridad regulatoria y el ejercicio de independencia⁹¹. Adicionalmente, los efectos negativos de la delegación se mantendrán cuando los legisladores, intencionalmente, usen la delegación para escapar de la culpa y responsabilidad por fallar en la consecución de que las políticas públicas, sean que éstas hayan sido diseñadas para servir a legítimos propósitos o para imponer trabas y costos innecesarios a los competidores de la industria que les patrocinan⁹².

⁸⁸ EISNER (2000: 16).

⁸⁹ NAKAMURA (2003: 1).

⁹⁰ SHAPIRO (2005: 3).

⁹¹ NAKAMURA (2003: 25).

⁹² SCHOENBROD (1993: 9).

V. CONCLUSIONES

El recurso global a los EARI como forma de incrementar la credibilidad de los gobiernos, en la llamada Era del Capitalismo Regulador, se muestra ineficiente e inefectivo debido a los problemas surgidos por los retos que impone a las garantías del sistema democrático de gobierno. La delegación de potestades legislativas y su ejercicio tecnocrático sin procedimientos democráticos han generado inestabilidad social debido a la carencia de soporte político en la implementación de las políticas públicas, un efecto negativo que viene mostrándose en Latinoamérica con particular fuerza.

En esta monografía, se ha criticado la independencia de los EARI, descubriendo, por un lado, que no fue la búsqueda de eficiencia lo que condujo a su creación sino las componendas partidarias en el Congreso norteamericano, ocurridas en respuesta a crisis de legitimidad del sistema democrático, y, por otro lado, que en su evolución histórica las EARI no han logrado separar la Política de la Administración pues lo que en verdad ocurre es que fuera del legislativo la Política existe y que es practicada a diario por funcionarios no electos, sin representatividad ni legitimidad democrática alguna, que no están obligados a ser responsables ante el escrutinio ciudadano, rompiendo uno de los principios cardinales de la democracia representativa.

La Política, la deliberación del bien común mediante el diálogo y la interrelación, no puede ni debe estar separada de la Administración pues la Administración es, de hecho, el cuerpo que ejecuta la Política. Por eso, toda regulación debe tener en cuenta no sólo los componentes económicos y cuantitativos de la eficiencia sino sobre todo los políticos y cualitativos ya que de lo contrario, una decisión de Administración pública, por más técnicamente perfecta que fuera, colisionará con la realidad y la impredecible naturaleza del proceso democrático.

Cuando un gobierno democrático permite la delegación de potestades legislativas a las EARI niega la conexión entre Política y Administración, entre técnica y realidad, y hace que las regulaciones sean intrínsecamente inefectivas e ineficientes. Es por eso que, las delegaciones «en blanco», en aquellas en las que en verdad hay una abdicación, deben detenerse, no sólo debido a las afectaciones constitucionales a las protecciones dispensadas por la separación de poderes, sino sobretodo porque niega la consecución de verdaderas soluciones eficientes para las metas colectivas. La Política, el ejercicio de la razón práctica, debe estar presente en toda democracia saludable pues sólo con ella se asegura que las decisiones colectivas nos pertenezcan a todos.

BIBLIOGRAFÍA

- AEI-BROOKINGS JOINT CENTER FOR REGULATORY STUDIES (2000): *Deregulation of Network Utilities, What's Next?*, Washington, DC: Brookings Institute Press.
- BIANCHI, Alberto (1999): «Desarrollo de la regulación económica en los Estados Unidos de Norteamérica», en *Revista de Derecho Administrativo*, año 11, núm. 30-32, Buenos Aires: De Palma.
- CABEZAS CESCATO, Paola (1998): «Propuestas sobre la independencia de los entes reguladores». en *Revista Jurídica La Ley*, tomo 1998D, Buenos Aires: La Ley.
- CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa (1995): «La tutela ambiental en el Derecho norteamericano», núm. 137 de esta REVISTA, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CASSAGNE, Juan Carlos (1994): «Los nuevos entes regulativos», en *El derecho público actual: homenaje al Dr. Pablo Ramella*, Buenos Aires: De Palma.
- CASSESE, Sabino (1996): «La transformación del servicio público en Italia», en *Actualidad en Derecho Público*, núm. 4, Buenos Aires: Ad Hoc.
- CHEMERINSKY, Erwin (2001): *Constitutional Law*, Gaithersburg, MD: Aspen Law & Business.
- CHINCHILLA, Carmen; LOZANO, Blanca, y DEL SAZ, Silvia (1992): *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid: Civitas.
- CONGRESSIONAL QUARTERLY (1982): *Regulation: Process and Politics*, Washington, D.C.: US Congress.
- CUSHMAN, Robert E. (1972): *The Independent Regulatory Commissions*, New York: Octagon Books.
- DE LA MORENA, Luis (1978): «Los fines de interés público como “causa” y como “límite” de la competencia y como “medio” y “medida” de control jurídicos», en el núm. 85 de esta REVISTA, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia (1994): «La huida del Derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en el núm. 133 de esta REVISTA, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- EISNER, Marc Allen (2000): *Regulatory politics in transition*, 2nd ed., Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.
- GAINS, Francesca (2003): «Executive Agencies in Government: The impact of Bureaucratic Networks on Policy Outcomes», en *Journal of Public Policy*, núm. 23.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1991): «Privatización y reprivatización», en el núm. 126 de esta REVISTA, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GILARDI, Fabrizio (2002): «Policy Credibility and Delegation to Independent Agencies: a Comparative Empirical Analysis», en *Journal of European Public Policy*, año 9, núm. 6.
- JORDANA, Jacint, y LEVI-FAUR, David (2006): «Toward a Latin American Regulatory State? The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies across Countries and Sectors», en *International Journal of Public Administration*, núm. 29.
- LERER, Silvio (1997): «Democracia, participación y regulación negociada», en *Revista Jurídica La Ley*, tomo 1997B, Buenos Aires: La Ley.
- LEVI-FAUR, David (2005): «The Global Diffusion of Regulatory Capitalism», en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 598.
- KNILL, Christoph (1999): «Explain Cross-National Variance in Administrative Reform: Autonomous versus Instrumental Bureaucracies», en *Journal of Public Policy*, año 19, núm. 2.
- MACRI, Eduardo (2000): «Avocación presidencial y entidades autárquicas», en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires: De Palma.
- MAJONE, Giandomenico (1996): *Regulating Europe*, London: Routledge.
- MARCUSSEN, Martin (2007): «Central Banking Reform around the World: Only by Night Are All Cats Grey», en *Transcending New Public Management*, edited by Tom CHRISTENSEN and Per LAEGREID, 135-154, Aldershot, UK: Ashgate Publishing.

- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1997): «Reflexiones sobre las privatizaciones», en el núm. 144 de esta REVISTA, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): *Servicio Público y Mercado*, Madrid: Civitas.
- NAKAMURA, Robert (2003): *Taming Regulation: Superfund and the Challenge of Regulatory Reform*, Washington, D.C.: Brookings Institution Press.
- NIETO, Alejandro (1976): «Algunas precisiones sobre el concepto de Policia», en el núm. 81 de esta REVISTA, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo (1993): *Aspectos jurídicos de la empresa pública en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- SACRISTÁN, Estela (1999): «Las sesiones públicas (*open meetings*) del Derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa», en *Revista de Derecho Administrativo*, año 11, núm. 30-32, Buenos Aires: De Palma.
- SCHOENBROD, David (1993): *Power Without Responsibility: How Congress abuses the people through delegation*, New Haven, CT: Yale University Press.
- SHAPIRO, Martin (2005): «“Deliberative”, “Independent” Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo E.U.?»», *Law and Contemporary Problems*. Duke University. [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+41+\(summerautumn+2005\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+41+(summerautumn+2005)).
- SHAPIRO, Sidney, y TOMAIN, Joseph (2003): *Regulatory Law and Policy: Cases and Materials*, 3rd edition, Arlington: LexisNexis.
- SORIANO, José Eugenio (1993): *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- TALIERCIO, Robert R. (2004): «The Design, Performance, and Sustainability of Semi-Autonomous Revenue Authorities in Africa and Latin America», en *Unbundled Government*, edited by Christopher Pollitt and Colin Talbot, págs. 264-282, London, UK: Routledge.
- THATCHER, Mark (2002a): «Regulation after Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe», en *Journal of European Public Policy*, 9: 6, 2002, págs. 954-972.
- (2002b): «Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation», en *West European Politics*, 25: 1, 2002, págs. 125-147.
- (2007): «Regulatory Agencies, the State and Markets: A Franco-British Comparison», en *Journal of European Public Policy*, 14: 7, 2007, págs. 1028-1047, 1028.