

# LA VOCACIÓN DE UNIVERSALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL *ADMINISTRATIVE STATE* PARA UN PAÍS QUE NO ES ADMINISTRADO POR ÁNGELES

CARLOS A. HERRERA GUERRA  
Senator Daniel Patrick Moynihan Institute  
Maxwell School of Citizenship and Public Affairs  
Universidad de Syracuse, Nueva York

If angels were to govern men,  
neither internal or external controls  
on government  
would be necessary

James MADISON

I. DEL *COMMON LAW* AL *ADMINISTRATIVE STATE*.—II. LA EXPANSIÓN HORIZONTAL-SECTORIAL DEL *ADMINISTRATIVE STATE*.—III. LA EXPANSIÓN DEL *ADMINISTRATIVE STATE* AL ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS ADMINISTRADOS: LOS *NEW PROPERTY RIGHTS*.—IV. LA EXPANSIÓN VERTICAL DEL *ADMINISTRATIVE STATE* AL *STREET LEVEL ADMINISTRATION*: COMPETENCIA CONSTITUCIONAL EN EL USO DE LA INTUICIÓN.—V. «HALCONES» Y NO «ÁNGELES» NOS GOBIERNAN: LA ACTUAL NECESIDAD DEL *ADMINISTRATIVE STATE*.

## RESUMEN

La vocación de universalidad del Derecho administrativo ha sido comprobada mediante el *Administrative State*, que, tras la derrota del liberalismo en el *New Deal*, implantó, horizontal y verticalmente, principios iuspublicistas en la actuación administrativa norteamericana, dotándole de un componente cualitativo a su eficiencia. En los últimos años, las propuestas de reforma retaron estos principios reavivando la vieja oposición liberal entre política y administración, proponiendo soluciones tecnocráticas llevadas a cabo por «ángeles» redentores de la ineficiencia cuantitativa. La actual crisis económica mundial ha desnudado esta falacia, demostrando la necesidad y vigencia de los principios iuspublicistas, eficaces tanto para refrenar los avances del poder (político y económico) como para lograr la protección del bien común que se proyecta más allá de las fronteras nacionales.

*Palabras clave:* Derecho administrativo norteamericano; el *Administrative State*; política y administración; reforma administrativa.

## ABSTRACT

The vocation of the universality of the Administrative Law has been proved in America through the *Administrative State*. After the *New Deal* it has established public law principles in every governmental action, through a horizontal and vertical expansion, that has provide a qualitative component to measure its efficiency. During the last years, proposals for reform have challenged these principles, reviving the old conservative opposition between Politics and

Administration. This has fostered technocratic solutions, carried out by «angels» who redeem the quantitative inefficiency. The current world economic crisis has demonstrated the falsehood of this belief and has proved the permanent need and validity of the principles of the *Administrative State*, because they had served to restrain efficiently the political and economic power as well as helped to reaching the protection of the common good which is projected beyond the national borders.

*Key words:* US Administrative Law; the Administrative State; politics and administration; administrative reform.

Jürgen HABERMAS, el filósofo que, en los últimos tiempos, quizá haya tenido más trascendencia en Occidente, cuando recibía el Premio Príncipe de Asturias, en mérito a su aporte a la cultura universal, destacaba aquella quijotesca aspiración de un tal Karl KRAUSE<sup>1</sup> que, en tiempos del racionalismo hegeliano, afirmaba un destino común para la humanidad. Han pasado los años y lo de quijotesco parece difuminarse, cada vez más, en la sociedad globalizada de nuestros días, cuando vemos que ese destino común, en verdad, puede existir, y que uno de los instrumentos para poder hacerlo posible es el Derecho administrativo, en tanto instrumento efectivo para someter el poder, sea político o económico, al Derecho. Los recientes hechos que nos han conducido a la actual crisis económica global evidencian que el bien común puede proyectarse más allá de las fronteras nacionales y que para resguardarle se hace necesaria una respuesta global.

El contacto que he tenido con administradores públicos, profesores, académicos e investigadores de distintas partes del mundo, tanto en *Maxwell* como en la Escuela de Leyes de la *Syracuse University*, parece confirmar estas sospechas. Una vocación de universalidad de la que tuve primer conocimiento a través de esta REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (RAP), en donde estaban tempranamente advertidos de ella, pues no se dudó, desde su primer número, del espíritu expansivo de la rama jurídica que le ocupa. Este mismo contacto del cual he sido testigo en Norteamérica estoy seguro que también ocurre al otro lado del Atlántico, adonde administradores públicos de distintas partes del mundo, de seguro, acuden con ocasión de su incesante búsqueda por

---

<sup>1</sup> «Este Karl Christian Friedrich Krause... se anticipó mucho a su tiempo con exaltadas ideas sobre el Estado mundial y la confederación de la Humanidad, *sobre un orden jurídico global y sobre la transformación de las relaciones internacionales en una política interior mundial*. En Alemania, más bien se tomó a Krause por un solitario extravagante. Sólo en el país de Don Quijote alcanzó a título póstumo reconocimiento e influencia. Julián Sanz del Río se convirtió en 1860 en fundador del krausismo español, una tradición liberal de grandes consecuencias para la España política» (resaltado nuestro). <http://www.fundacionprincipedeasturias.org/esp/04/premiados/discursos/discurso779.html>.

soluciones eficientes<sup>2</sup>, las cuales, ahora, como ocurre con muchos otros aspectos, no importa de dónde provengan, siempre y cuando sirvan a un mejor y eficiente servicio al interés general.

Es, pues, en esta búsqueda de eficiencia cualitativa, y con ocasión de mi trabajo como investigador, primero en Derecho administrativo y después en Administración pública, que he podido acceder a la fecunda producción de la RAP, en estos casi sesenta años de existencia, y constatar en ella su constante curiosidad por saber lo que ocurre en los sistemas jurídicos administrativos que le rodean<sup>3</sup>. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, de entre aquel fecundo grupo de investigadores de la RAP, es quien quizá mejor ha sintetizado aquella vocación de universalidad del Derecho administrativo, y lo ha hecho indirectamente<sup>4</sup>, llamándole una lengua: la lengua de los derechos en la relación jurídico-pública que pone en contacto a las esferas jurídicas de dos sujetos de Derecho, administradores y administrados<sup>5</sup>.

Desde mi perspectiva, esto es lo fundamental para entender la vocación de universalidad, pues es desde que se le identifica como una lengua<sup>6</sup> que ésta puede muy bien ser aprendida por individuos ajenos a la realidad en la que nació, cambiando sólo sus significantes (el conjunto de letras o sonidos que forman una palabra), mas no así los significados (conceptos que las letras o sonidos representan), los cuales, sumados, son los que intentan lograr el objetivo universal de someter a los gober-

---

<sup>2</sup> Cada sistema administrativo tiene sus propias ventajas y falencias. Una de las deficiencias del sistema americano es no poder limitar adecuadamente la injerencia de la industria, a través de *lobbies* y grupos de presión, en la determinación del interés general. De esto están conscientes quienes quieren aprender de él y buscan soluciones a este problema en el sistema europeo para así poder suplir las deficiencias anotadas.

<sup>3</sup> Así, desde el primer número de esta REVISTA, Jesús FUEYO, en «El "Hoover Report" sobre reforma de la Administración federal en Estados Unidos», y José Luis VILLAR, en «La "Federal Administrative Procedure Act" de los Estados Unidos», analizaron las implicancias de dos de los más importantes hechos en la historia administrativa norteamericana; posteriormente, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en «Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (A propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)» (núm. 85 de esta REVISTA, enero-abril 1978), sacaba cuentas de los avances sistemáticos producidos hasta entonces y concluía que era cada vez más cercano el día en el cual el Derecho administrativo norteamericano se integrara definitivamente al sistema de protección de los derechos del administrado.

<sup>4</sup> Definición por extensión pues, como sabemos, la naturaleza del Derecho administrativo es la del Derecho público.

<sup>5</sup> Al respecto, recordemos los valiosos trabajos de José SORIANO, «Evolución del concepto "relación jurídica" en su aplicación al derecho público» (núm. 90 de esta REVISTA, septiembrediciembre 1979, págs. 33-78), y de Luis DE LA MORENA, «Los fines de interés público como "causa" y como "límite" y como "medio" y "medida" de control jurídicos» (núm. 85 de esta REVISTA, enero-abril 1978, págs. 151-221).

<sup>6</sup> Siguiendo las tesis de Ferdinand DE SAUSSURE, la lengua está compuesta de significantes (los sonidos) y significados (los conceptos). Todos los seres humanos tenemos la capacidad innata del lenguaje y de crear las conexiones entre significantes y significados. Los significados son universales, mientras que los significantes varían según cada lengua local.

nantes a los mandatos de la ley general, de recordarles que son sólo administradores, y no propietarios ni tutores, del interés general<sup>7</sup>.

Esta lengua de los derechos, o *Administrative State*<sup>8</sup>, es la que ha llegado para quedarse en los Estados Unidos de Norteamérica<sup>9</sup>, y el interés por su comprensión se ha reavivado en los últimos años en razón de la acentuación de los poco claros límites<sup>10</sup> entre industria y gobierno<sup>11</sup>, confusión que ha traído como correlato regulaciones débiles, pro-industria, costeadas, al final, por el ciudadano de a pie, las cuales, agregadas, terminan por deslegitimar el sistema representativo y democrático de gobierno<sup>12</sup>. Es por esa razón que, tras los excesos de la Administración Bush, se ha venido a reflexionar sobre los límites de actuación de los gobernantes y a poner sobre el tapete cuánto les está permitido hacer. Un interés que se ha acrecentado aún más tras el descubrimiento reciente de los excesos del poder económico que han conducido a la actual crisis, financiera, primero, y económica, después, en la que está sumido el país y cuyas repercusiones han trascendido a todos los rincones del planeta.

<sup>7</sup> Nos referimos a la tutela tecnocrática o de administradores que no tienen representación democrática y que, sin embargo, realizan decisiones políticas acerca del contenido del interés general.

<sup>8</sup> El término fue acuñado por Dwight WALDO en su tesis doctoral en la Escuela de Leyes de Yale. WALDO ha sido la figura preeminente de la Administración pública norteamericana desde finales de la Segunda Guerra Mundial. Con el término *Administrative State*, WALDO intenta recordar que la Administración pública es, ante todo, una expresión de la política y por ello mismo debe respetar los principios y valores que sostienen la comunidad, por lo que no puede reducirse a una ciencia centrada exclusivamente en temas de gestión. Es ésta la razón por la que modelos de gobierno como el *Westminster*, aplicado en los noventa en Nueva Zelanda, Australia y Gran Bretaña, no tuvieron eco en los EE.UU., donde fueron confrontados por el *Administrative State*.

<sup>9</sup> «Estos desarrollos constituyen nada menos que un fundamental y revolucionario cambio en el papel de la ley en la práctica administrativa. Una nueva relación entre el ciudadano y el *Administrative State* ha sido forjada, así como una nueva relación entre los jueces y los funcionarios públicos. La importancia de estos cambios es indiscutible». David ROSENBLOOM y Rosemary O'LEARY, *Public Administration and Law*, 2.ª ed., New York: Marcel Dekker, 1997, págs. 304-305.

<sup>10</sup> «La Historia de los Estados Unidos —han dicho M. E. DIMOCK y G. O. DIMOCK— es la historia de la más estrecha cooperación entre el Gobierno y los hombres de negocio». Fernando GARRIDO FALLA, «La intervención administrativa en materia económica y las corporaciones del gobierno en Norteamérica», núm. 3 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1950, pág. 407. GARCÍA DE ENTERRÍA, por su parte, en «Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano», citando al administrativista norteamericano PFIFNER, advertía de esa estrecha relación entre gobierno y los hombres de negocios y de cómo los límites entre ellos han sido difusos a lo largo de la historia administrativa norteamericana.

<sup>11</sup> La muestra más clara ha sido la del ex vicepresidente Dick Cheney y sus estrechos lazos con Halliburton, principal contratista del gobierno en Irak, que fue favorecida con numerosas compras estatales luego de saltarse, bajo la justificación de la emergencia nacional, procedimientos establecidos en resguardo del interés general.

<sup>12</sup> Creámoslo o no, en los EE.UU. la apatía política tiene mucho que ver con la percepción general de que es imposible vencer la poderosa influencia de las industrias. Tony Benn, el viejo líder del Partido Laborista inglés, entrevistado por Michael Moore en su último documental, *Sicko*, resaltaba que, a comparación de Europa, donde la amenaza de revolución está siempre latente, esto no ocurre en los Estados Unidos pues sus ciudadanos-endeudados, en cierta medida, le tienen miedo a su gobierno.

De ahí que las voces de regulación se empiecen a escuchar cada vez con más fuerza, buscándose un nuevo Derecho público y administrativo reforzado, una nueva expansión cualitativa dentro de lo que en este país se ha venido por llamar la instauración del *Administrative State*<sup>13</sup>.

## I. DEL *COMMON LAW* AL *ADMINISTRATIVE STATE*

En el sistema europeo el origen del Derecho administrativo es el Derecho civil, pues, como bien lo sabemos, es a partir de sus milenarias instituciones que la sustantividad propia del Derecho administrativo se ha construido mediante un proceso de decantación que lleva ya más de doscientos años. La inadecuación intrínseca del Derecho común para regular el interés general, aquella de la que nos hablaba Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, se ha manifestado, también, en el sistema administrativo norteamericano<sup>14</sup>, donde, tras la crisis del liberalismo abstencionista, ocurrida a partir de 1880<sup>15</sup>, se ha venido a construir lo que Dwight WALDO llamó el *Administrative State* para referirse, en resumidas cuentas, a la instauración de los principios administrativos ya descubiertos por el sistema continental.

Pues bien, hacia 1935 la ortodoxia liberal había dominado la doctrina y decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sosteniendo, a través de numerosas y sucesivas decisiones, muchas de ellas impulsadas por poderosos abogados de la industria, la dicotomía entre política y administración, lo cual le hacía defender aquella perspectiva

<sup>13</sup> La inevitable necesidad de la que Sebastián MARTÍN-RETORTILLO nos advertía en su magnífico trabajo *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones* (Madrid: Civitas, 1996, 2.ª ed., 249 págs.), y a la que Silvia DEL SAZ llamó la búsqueda de «un derecho administrativo, reformado sí, pero al fin y al cabo, un derecho público», en «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», núm. 133 de esta REVISTA, enero-abril 1994, pág. 83.

<sup>14</sup> «El desarrollo del derecho administrativo en los Estados Unidos ha estado marcado por la continua tensión entre el surgimiento del moderno *Administrative State* y los mandatos para la democracia constitucional establecidos en la Constitución de 1787. El derecho administrativo es importantísimo tanto para la administración y la democracia constitucional como para la fructífera relación entre ambas. Así como se expande el componente administrativo del gobierno federal, asimismo se expande la importancia del derecho administrativo como instrumento para definir y controlar su autoridad y promover valores como la representatividad y participación en las decisiones públicas». David ROSENBLOOM, *A Brief History of National Administrative Law and Regulation in the United States* (original sin publicar).

<sup>15</sup> *Yick Wo. v. Hopkins* (1886): «Cuando consideramos la naturaleza y teoría de las instituciones del gobierno, los principios sobre los cuales reposan, y revisamos la historia de su desarrollo, estamos obligados a concluir que ellos no dan a significar que se deje espacio al ejercicio arbitrario y personal del poder. La soberanía, en sí misma, por supuesto, no está sujeta a ley alguna pues es la fuente misma de la ley. Pero, en nuestro sistema, cuando la soberanía es delegada a las entidades de la administración, la soberanía misma reside en el pueblo, por quien y para quien la administración existe y actúa. Y la ley es la definición y delimitación de su poder».

según la cual la Administración, para ser eficiente, debía ser dirigida como una organización privada. Las doctrinas de Frank GOODNOW, W. F. WILLOUGHBY, Harvey WALKER, Louis BROWNLOW y Luther GILUCK, entre otros, eran, según WALDO, las que sustentaban la ortodoxia, y fue a ellas a las que dirigió sus argumentos en el *Administrative State*, desnudando sus contradicciones, y llegó a la conclusión de que, en el mundo real, separar política de administración es un contrasentido, ya que la interrelación entre ambos ámbitos es lo que explica su verdadera naturaleza<sup>16</sup>.

Pero, antes de entrar a explicar el primer paso en el desarrollo del *Administrative State*, el de la emancipación del *Common Law*, es necesario detenernos a hacer una previa consideración sobre los términos en los cuales está definido el Derecho público norteamericano. Pues bien, así como en el sistema europeo el Derecho público no puede entenderse sin tener presente la noción rousseauiana de la voluntad general, y de las leyes de libertad que de ella emanan, asimismo, si uno pretende entender al sistema iuspublicista norteamericano debe tener muy en claro los términos que definen la sacrosanta propiedad lockeana descritos en el *Second Treatise of Civil Government*, base del sistema liberal americano, y que explica muy bien todo el discurso (los significantes y significados) que los padres fundadores tuvieron cuando redactaron la Constitución, de donde emana la condición de *iura innata* que, en este país, se le reconoce al derecho de propiedad<sup>17</sup>.

DE TOCQUEVILLE resaltaba que muchas de las bondades que él observada en la democracia norteamericana derivaban del hecho de que la propiedad, a diferencia de Europa, estaba dividida entre muchos titulares, siendo que al existir entre ellos intereses contrapuestos se permitía el funcionamiento de los contrapesos entre las tres ramas del gobierno, numen del sistema representativo y democrático norteamericano. Por eso, en Norteamérica, como punto de partida, debemos entender que los términos de relación entre Administración y administrados deban

<sup>16</sup> Viéndolo en retrospectiva, pareciese que esta preocupación fue reflejada en esta REVISTA en los artículos de Federico MURILLO, «Administración y Política» (núm. 6 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1951, págs. 89-97), y Félix MONTIEL, «El ciudadano y el administrado» (núm. 48 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1965), los cuales, sin embargo, no obtuvieron el eco deseado pues en Europa siempre se ha sido consciente de la interrelación entre política y administración. Sólo ahora, que doctrinas reformadoras vuelven a pregonar la dicotomía, estas monografías parecen responder a esas pretensiones.

<sup>17</sup> «Si bien el lenguaje del *due process* (debido proceso) no dice *qué* procedimientos deben ser establecidos, sí parece decir *cuándo* una queja procedimental puede hacerse y cuál es el umbral para invocar su protección. El procedimiento debe ser debido cuando el Estado busca "privar" a una persona de la vida, libertad o propiedad... Uno tiene derecho a la propiedad, desde la perspectiva de la cláusula del *due process*, si una ley federal o estatal crea el derecho a una relación continua sin que haya razón aparente para alterarla». Peter L. STRAUSS, *Administrative Justice in the United States*, 2.<sup>a</sup> ed., Durham, NC: Carolina Academic Press, 2002, pág. 40.

ser explicados en términos de propiedad o de cuán legitimado está el gobierno para afectar la esfera individual de este derecho natural.

Consecuencia de esta asociación con el derecho de propiedad es que cualquier disputa respecto a su afectación debía ser resuelta por el Derecho común<sup>18</sup>, siguiendo el razonamiento de la quinta enmienda<sup>19</sup>, en lo que se constituyó más tarde en la creación jurisprudencial del *due process*, o debido proceso en su variante sustantiva<sup>20</sup>. De ahí que la decisión o regulación administrativa debía ser cuestionada sólo en el sentido que afectaba la libertad o la propiedad (*iura innata*) y donde el juez lo que dilucidará es si fue arbitraria, caprichosa y/o no razonable<sup>21</sup>, pudiendo, además, evaluar el grado de legitimación de la afectación según si estaba fundada en fuente legislativa, judicial o en autodeterminación administrativa unilateral.

La economía agraria, que surgió tras la consolidación de la emancipación, no generó mayores retos a la Administración federal pues todo parecía encuadrarse, perfectamente, dentro del diseño constitucional de una Administración federal casi inexistente, siendo que ninguna afectación al interés general mayor al ámbito local fue conocida duran-

<sup>18</sup> «Durante el siglo diecinueve, el sistema americano estuvo casi totalmente dominado por el *common law* que fue judicialmente administrado. Los jueces de apelación determinaron la sustancia y dirección de la doctrina legal con grandilocuentes opiniones. Pero, a pesar de ello, estos hombres sentados en los bancos de los tribunales federarles y estatales, ciertamente, estaban influenciados por los eventos del día a día y las corrientes de opinión que ellos estaban reacios a admitir». John JOHNSON, *American Legal Culture, 1908-1940*, Westport, CN: Greenwood Press, 1981, pág. 10.

<sup>19</sup> Aprobada el 15 de diciembre de 1791, la correspondiente parte de la decimocuarta enmienda dice literalmente: «Ninguna persona... será privada de su vida, libertad o propiedad sin un debido proceso ante la ley; ninguna propiedad privada será confiscada para fines públicos sin una justa compensación» (resaltado nuestro).

<sup>20</sup> La doctrina del *substantive due process* está fundada en la quinta y la decimocuarta enmiendas y establece la garantía a los derechos de los ciudadanos, sin importar lo que el gobierno o el legislativo hayan dicho sobre los mismos mediante cualquier tipo de procedimientos formalmente válidos. Esta doctrina amplía el *judicial review* de las Cortes federales (de circuito y Suprema Corte) en dos sentidos. Primero, otorgándoles libre discreción para determinar qué derechos sustantivos y cuál es el alcance de la protección del *substantive due process*; la Corte Suprema lo hace a través de dos doctrinas: por un lado, la *incorporation doctrine*, mediante la cual aplica las provisiones del *Bill of Rights* (las diez primeras enmiendas) en el sentido que ella considera correcto y las aplica a los Estados bajo el justificativo del *due process*, y, por otro, mediante la *fundamental rights theory*, en la cual la Corte defiende un derecho sin mencionar fuente directa en el *Bill of Rights*, sino en la libertad misma protegida por la decimocuarta enmienda del *substantive due process*. Segundo, una vez que la Corte federal ha determinado qué derecho sustantivo está protegido, ella misma puede usar el *judicial review* para hacer valer esos derechos, revisando toda legislación estatal que se oponga a la vigencia de los mismos.

<sup>21</sup> «El criterio de “reasonableness” es también típicamente anglosajón, tanto inglés como americano (en general, como test de *reasonable man*)... “reasonableness” o racionalidad juega un papel importante como uno de los fundamentos del “common law”, sin duda como una herencia del iusnaturalismo». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», núm. 30 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1959, nota pie de página núm. 52, págs. 164-165.

te los primeros ochenta años de la Unión. No hay dudas respecto a que el diseño constitucional tenía en mente una sociedad liberal en la que, siguiendo los postulados lockeanos, el gobierno sólo tenía por finalidad el asegurar la propiedad, sin que le correspondiese responsabilidad por concretar el bienestar de la sociedad, en tanto era sólo un actor externo a ésta y su expresión<sup>22</sup>.

Es por ello que, en razón de la doctrina de la propiedad como derecho natural y que en tanto los derechos del ciudadano no han sido entregados del todo al gobierno, el *Common Law* se constituyera en el mecanismo para reclamar cualquier avance indebido de la Administración: si hubiere alguna duda respecto al avance del gobierno federal serán los jueces federales los que determinarán si es que ha sido legítimo que el gobierno haya avanzado sobre las esferas individuales, con una presunción negativa siempre prevalente.

Por tanto, el *Common Law* se constituyó en el instrumento natural para la realización de la sociedad liberal, en tanto con él los individuos ajustarán y definirán sus derechos de propiedad, siendo que su ámbito de tutela se expandirá fácilmente hacia las relaciones con el gobierno en los términos de la justicia derivada de la novena enmienda, o cláusula abierta que hace posibles aquellos derechos que los ciudadanos retenían en el pacto lockeano<sup>23</sup>. Sociedad liberal, liberalismo económico y debido proceso (formal y sustantivo) constituyeron, pues, las coordenadas en las cuales el *Common Law* se desplegó<sup>24</sup>.

Sin embargo, conforme las fronteras comerciales fueron ampliándose<sup>25</sup>, y comerciantes de un Estado empezaron a comerciar en otros Estados, y consumidores adquirirían impersonalmente bienes de

<sup>22</sup> Ésta es la teoría lockeana del gobierno, sustrato del Derecho público norteamericano. Un excelente resumen de la misma, y de cómo está ligada con el surgimiento del Derecho público y administrativo, puede encontrarse en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos: la formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid: Civitas, 2001.

<sup>23</sup> Aprobada el 15 de diciembre de 1791 como parte del llamado *Bill of Rights*, dice: «La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no deniega o menoscaba aquellos retenidos por el pueblo».

<sup>24</sup> «En efecto, se ha puesto de relieve muy atinadamente la vinculación existente entre los principios de la economía liberal y los fundamentos del *common law*. Se demuestra esta apreciación por el hecho de que Blackstone, el oráculo del *common law*, y A. Smith, padre de la economía clásica, escribieron al mismo tiempo». Fernando GARRIDO FALLA, «La intervención...», *op. cit.*, pág. 408. Sin embargo, tal fue el tinte liberal que se imprimió, y tantas las injusticias del *Common Law*, que, durante el siglo XIX, muchos creen justificó el darwinismo social o que sobreviviesen sólo los más fuertes de la sociedad, para hacerla «mejor».

<sup>25</sup> «... los escritores americanos de temas políticos y administrativos, han llegado a la conclusión, después del consiguiente análisis de los programas gubernamentales, de que gran parte de las funciones del Gobierno son económicas, si damos a este término un sentido amplio. Es curioso señalar que la intervención gubernamental en la vida económica representa una de las facetas del nacimiento del Derecho Administrativo en los Estados Unidos». Fernando GARRIDO FALLA, «La intervención...», *op. cit.*, pág. 408.

productores que residían fuera de sus Estados, nuevas cuestiones empezaron a surgir sobre la *federalism clause* (o los términos de relación entre Washington y cada uno de los Estados) respecto a los ámbitos de autoridad para regular las conductas de los ciudadanos<sup>26</sup>. Las discusiones suscitadas en relación con el comercio interestatal, y la Revuelta de los Granjeros (*Farmers Revolt*) sobre los abusos por parte de los ferrocarriles, fueron el punto de quiebra para la expansión regulatoria norteamericana<sup>27</sup>. La promulgación en 1868 de la decimocuarta enmienda<sup>28</sup> se hizo eco de este conflicto y las Cortes, aplicando el *Common Law*, pasaron a interpretar esta enmienda en el sentido extensivo de la libertad para el ámbito federal, tratando de determinar cuándo es que el debido proceso, formal o sustantivo, ha sido afectado por una actuación administrativa<sup>29</sup>.

El desarrollo industrial, posterior a la expansión comercial, sí que generó verdaderos retos para la Administración federal. Los grandes emprendimientos estatales para enfrentar las consecuencias de la Guerra de Secesión, las nuevas corrientes ideológicas que empezaban a cuestionar al Estado liberal, así como la presencia de externalidades negativas<sup>30</sup>, generadas por la creciente actividad industrial, pusieron en entredicho los beneficios ofrecidos por el mercado libre y la sociedad liberal. Paralelamente, y sumado a lo anterior, el *Common Law* veía cada vez más difícil sostener doctrinas como la del *fellow servant rule*, que

<sup>26</sup> «Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados a los Estados o al pueblo, respectivamente».

<sup>27</sup> Alberto BIANCHI ha realizado un comprehensivo estudio del desarrollo histórico de la regulación norteamericana en «Desarrollo de la regulación económica en los Estados Unidos», *Revista de Derecho Administrativo*, año 11, núm. 20-32, Buenos Aires: De Palma, págs. 297-420.

<sup>28</sup> La decimocuarta enmienda fue ratificada el 9 de julio de 1868, y en su sección primera establece que: «Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado donde residan. Ningún Estado promulgará o hará cumplir ninguna ley que prive a la persona de sus privilegios o inmunidades en tanto ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado privará a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad sin un debido proceso ante la ley o les negará la igual protección de la ley».

<sup>29</sup> «La empresa económica privada, que ha vivido libre de injerencias estatales una larga vida de más de un siglo, había de encontrar, por consiguiente, en los principios e instituciones del derecho común anglosajón, una fuerte defensa a todo intento de actuación administrativa estatal [federal]. La necesidad, empero —que es la que justifica todas las revoluciones jurídicas—, determinó el nacimiento de un poder de policía a favor de la Administración que, convenientemente utilizado por ésta, había de producir, como una de sus consecuencias, una imponente inferencia en la vida económica del país». Fernando GARRIDO FALLA, «La intervención...», *op. cit.*, pág. 408.

<sup>30</sup> Arthur PIGOU tiene como obra principal *Wealth and Welfare*, donde hace la distinción, por un lado, entre productos sociales marginales según tengan origen público o privado y, por otro, entre costos según sean originados en la producción o fuera de ella. Él creó la idea de que los gobiernos, vía impuestos, pueden internalizar las externalidades o costos fuera de la producción ocasionados por privados, en el entendido que son fallas del mercado. Éstos son los llamados impuestos pigouvianos.

eximía a las compañías de responsabilidad por accidentes laborales, atribuyéndosela, más bien, al trabajador próximo en la línea de producción, o la *privity rule*, según la cual no se podía demandar al fabricante de un producto peligroso, sino al vendedor del mismo, las cuales, sumadas, deslegitimaron en sociedad al *Common Law* como medio válido de regular las relaciones entre la industria y consumidores; un sentimiento avivado por «cruzadas» de la prensa que dejaron en claro que bajo el *Common Law* la responsabilidad por cualquier daño recaía siempre en la parte más débil de la relación, aquella que no tenía control alguno sobre la forma de la producción.

Un factor adicional, consecuencia del industrialismo, y que coadyuvó el quiebre del *Common Law* como instrumento para regular la conducta de poderosos administrados, fueron las numerosas fallas del mercado, mostradas en los perniciosos efectos de los monopolios, que pusieron en evidencia la orfandad del ciudadano frente al poder económico de las grandes industrias. La famosa *Sherman Act* y toda la regulación *antitrust* que vino tras de ella expresaron el sustantivo cambio que se había producido en la capacidad regulatoria de la Administración.

Así pues, tal como ocurrió en Europa, en donde los ciudadanos volvieron la mirada a sus gobiernos locales para solucionar un problema que nadie más podía, dando origen a la intervención pública, asimismo en los Estados Unidos las demandas por regular las industrias fueron dirigidas y tuvieron eco, principalmente, en los gobiernos estatales<sup>31</sup>, unas regulaciones luego retadas por la poderosa industria tanto en las Cortes federales como en la Suprema Corte federal<sup>32</sup>, en donde encontraron el apoyo de *justices* que todavía creían, ciegamente, que la Constitución había decididamente optado por un modelo liberal y que su principal obligación era no apartarse de su sentido literal<sup>33</sup>.

Los cambios para instaurar el *Administrative State* no fueron fáciles ni lineales, pues se produjeron a través de numerosas escaramuzas y ba-

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA explicó magníficamente este punto de quiebra para la expansión de la Administración, encontrando en los trabajos de Sidney WEBB y la Fabian Society la justificación del movimiento municipalista inglés. Sin duda, éste es un punto de contacto entre sistemas administrativos cuyo desarrollo posterior se ha dado por derroteros distintos. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los municipios», núm. 17 de esta REVISTA, mayo-agosto 1955, págs. 87-138.

<sup>32</sup> «Sería ingenuo creer que tanto las nuevas leyes como los organismos administrativos encargados de ejecutarlas no han tenido que vencer serias resistencias antes de consagrarse definitivamente. Fueron necesarios tiempos de crisis y de suma inestabilidad para justificarlas, más o menos, como medidas de emergencia». Fernando GARRIDO FALLA, «La intervención...», *op. cit.*, pág. 409.

<sup>33</sup> Esta opción fue reforzada por famosos abogados patrocinados por las grandes corporaciones que, con sus argumentos en Corte, conferencias y escritos en renombradas revistas, influenciaron todos los ámbitos académicos, cerrando filas respecto a la opción conservadora de la Constitución.

tallas entre los tres poderes, en sus distintos niveles<sup>34</sup>. La constante resistencia judicial por aceptar las regulaciones estatales, y derogar el razonamiento del *Common Law* como instrumento para dilucidar los conflictos entre intereses particulares y el interés general, generó numerosos retrocesos en la instauración del *Administrative State*. No obstante, el conservadurismo progresivamente fue retado por *opinions* de brillantes *justices* como Benjamin CARDOZO, Oliver Wendell HOLMES<sup>35</sup> y, sobre todo, Louis BRANDEIS, que en la *landmark decision* de *Muller v. Oregon*<sup>36</sup> revolucionó el sistema de *authorities* de las decisiones judiciales norteamericanas (*The Brandeis Brief*), ya que en vez de la regla del precedente, propia del *Common Law*, utilizó diversas fuentes de información para justificar sus decisiones, tales como estadísticas, informes del gobierno, manuales médicos y de Psicología, en lo que se ha venido en llamar *realismo jurídico*, pues para BRANDEIS este tipo de fuentes eran tanto o más importantes que los finos y abstractos razonamientos del *Common Law*.

Pero, adicionalmente a las mencionadas *opinions* en contra del desfasado sistema liberal del *laissez faire*, al cual los *justices*, según la famosa frase de HOLMES, no tenían por qué obedecer de pie juntillas<sup>37</sup>, la poca popularidad del liberalismo entre los políticos, así como la aparición del movimiento progresista (Herbert SPENCER)<sup>38</sup>, generaron el ambiente propicio para expandir la regulación administrativa. El cambio, pues, al final, se impuso por la presión social, que exigía de las decisiones judiciales atenerse al sentido común y aceptarse la expansión de la capacidad regulatoria de la Administración.

<sup>34</sup> «La cúspide de la doctrina de la no-delegación fue a mediados de los años treinta en dos decisiones que invalidaron legislación del *New Deal*... En *Panama Refining Co. v. Ryan*, en 1935, la Corte declaró inconstitucional una disposición de la *National Recovery Act* que autorizaba al presidente a prohibir el envío hacia comercio interestatal del petróleo que sobrepase las cuotas de producción impuestas a los estados... En *Poultry Co. v. United States*, también en 1935, la Corte declaró inconstitucional una regulación [Código para Aves Vivas de New York City] adoptada bajo la *National Recovery Act*... establecida para asegurar la calidad de la carne de aves pues prohibía a los vendedores exigir de los compradores la compra entera de corrales de aves, incluyendo las aves enfermas». Erwin CHERMERINSKY, *Constitutional Law: Principles And Policies*, 3.<sup>a</sup> ed., Aspen, CO: Aspen Publishers, 2006, pág. 327.

<sup>35</sup> En *Lochner v. New York* (1905), rechazando el liberalismo como consecuencia necesaria del espíritu de la Constitución americana, HOLMES pronunció la famosa frase: «Nuestra Constitución no intenta abrazar ninguna teoría económica en particular», la cual, por la autoridad de quien la emitió, repercutió sustantivamente en las siguientes decisiones de la Corte.

<sup>36</sup> En *Muller v. Oregon* (1908) se decidió si se mantenía la regulación del Estado de Oregon respecto al máximo número de horas de trabajo en las lavanderías que estaba permitido a las mujeres.

<sup>37</sup> Oliver W. HOLMES en *Lochner v. New York* (1905).

<sup>38</sup> Recordemos que la ola migratoria ocurrida en las primeras décadas del siglo xx (casi la quinta parte de la población total) suscitó numerosas demandas sociales, principalmente en las grandes ciudades, situación que dio origen al movimiento progresista que buscaba hacerse eco de estos reclamos que el Estado liberal se negaba a oír.

Hacia mediados de los años treinta ya todo estaba decidido en favor de la instauración definitiva del *Administrative State*: Roosevelt y los nuevos términos del *New Deal* hacían imposible seguir aplicando el *Common Law* para determinar el ámbito de afectación que le está permitido a la Administración<sup>39</sup>. La última gran batalla, en la que el conservadurismo y su *Common Law*<sup>40</sup> quedaron, finalmente, derrotados, fue aquella librada por Roosevelt contra los *Nine Old Men* (Nueve Viejos, pues defendían doctrinas caducas, inaplicables en los nuevos tiempos) de la Suprema Corte<sup>41</sup>, a partir de la cual quedó definitivamente zanjada la admisión de la expansión regulatoria y, consecuentemente, la del Derecho administrativo, en tanto cauce mediante el cual se asegurase que el contacto entre Administración y ciudadanos<sup>42</sup> se diera en un plano de igualdad jurídica<sup>43</sup>, una aspiración que quedará

<sup>39</sup> Robert JACKSON, *justice* de la US Supreme Court, en *Federal Trade Commission v. Rubenoid Co.* (1952), tuvo unas memorables reflexiones: «La expansión de las agencias administrativas ha sido, probablemente, el mayor impacto legal en el último siglo y quizá hoy en día muchos de los valores constitucionales están más afectados por sus decisiones que por todas las sentencias de las cortes, sin tener en cuenta su tarea revisora de las decisiones administrativas. *Los entes administrativos se han convertido, en verdad, en un cuarto poder dentro del Estado que ha quebrado nuestra teoría legal de tres poderes tal cual como si un concepto de una cuarta dimensión perturbara nuestro pensamiento tridimensional*» (resaltado nuestro).

<sup>40</sup> «En aquellos años se produjo una reacción contra la aceptación acrítica de los postulados del *common law*, bajo cuya envoltura naturalista y pre-política, los reformistas entreveían la superestructura de un sistema social cuya transformación proponían como objetivo último. Frente al dogma de la neutralidad de los poderes públicos en materia económica, los ideólogos del *New Deal* afirmaron la acción positiva del Estado». Luis Alberto POMED SÁNCHEZ, «Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes», núm. 132 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1993, pág. 126.

<sup>41</sup> La Corte Suprema había tenido éxito en obstaculizar las regulaciones del *New Deal*; sin embargo, el punto de quiebra fue su decisión en *Schechter Poultry Corp. v. United States* (1935), que invalidó la *National Recovery Act* y la legislación anexa, circunstancia que, dada la popularidad de Roosevelt y el dominio demócrata en ambas Cámaras del Congreso, generó la reacción denominada *Court-packing plan*, con el cual se amenazaba incrementar el número de *justices* de nueve a quince. La posibilidad real de que la amenaza se concretase hizo que los *justices* entendiesen que los tiempos habían cambiado y aceptasen que la crisis demandaba, y justificaba, cambios en la forma tradicional con la que se había gobernado el país.

<sup>42</sup> «Virtualmente todas esas agencias poseen potestad reglamentaria y esas reglas tienen la fuerza de ley. Esto parece estar en conflicto con la noción de que sólo el Congreso es el titular del poder legislativo a nivel federal. Por muchas razones, el Congreso ha delegado amplios poderes legislativos a agencias administrativas... las agencias administrativas, sin embargo, no poseen sólo potestad legislativa. Ellas además poseen la potestad ejecutiva de hacer cumplir las regulaciones que han promulgado y la potestad jurisdiccional de decidir violaciones a sus reglas. Muchas agencias emplean jueces de Derecho administrativo que escuchan casos presentados por funcionarios de la agencia contra aquellos acusados por violar las regulaciones establecidas por la propia agencia». Erwin CHERMERINSKY, *Constitutional Law...*, *op. cit.*, pág. 326.

<sup>43</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, citando a SCHWARTZ, nos dice: «El punto de partida es, así, la desigualdad de las partes. Pues bien, *el objetivo del Derecho Administrativo es restaurar esa desigualdad, asegurar que, tanto como sea posible, el individuo y el Estado sean colocados sobre un plano de igualdad ante el estrado de la justicia. Ésta es también la piedra de toque para medir la adecuación de un sistema de Derecho administrativo... los Tribunales jurisdiccionales tienen el papel primario de asegurar que el Derecho Administrativo alcance ese objetivo básico*». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Algunas reflexiones...», *op. cit.*, pág. 259 (resaltado nuestro).

plasmada definitivamente en la tan celebrada *Administrative Procedure Act* de 1946<sup>44</sup>.

## II. LA EXPANSIÓN HORIZONTAL-SECTORIAL DEL *ADMINISTRATIVE STATE*

El *Administrative State*, como lo mencionamos, quebró la primacía del *Common Law* inicialmente a través de la necesidad regulatoria de los diversos aspectos del comercio interestatal. Sin embargo, este camino de expansión abierto no se detuvo pues, al igual que lo ocurrido en Europa tras los emprendimientos estatales para la Primera Guerra Mundial, los ciudadanos encontraron nuevas esferas de actuación privada que colisionaban con el interés general, demandando actuación regulatoria estatal, y recurrieron, lo mismo que los europeos, a sus gobiernos inmediatos, en este caso estatales, para incidir luego en el gobierno federal; iniciándose un patrón de expansión horizontal (sectorial), vertical (federal, estatal, local) y subjetivo (atribuciones de derechos a los ciudadanos) que no se ha detenido hasta nuestros días.

ROSENBLOOM<sup>45</sup> explica que el camino de expansión horizontal-sectorial del *Administrative State* se ha producido incrementalmente, en distintos ámbitos de intervención administrativa reguladora, a partir de la segunda mitad del siglo XIX. El primer ámbito, y el que inició la expansión de la regulación administrativa, fue el que se produjo con ocasión de la supervisión del funcionamiento del libre mercado, necesidad que salió a la luz cuando, en distintas épocas de la historia de los EE.UU., fueron comprobadas sus falencias para servir al interés general. Tal es el caso producido luego de la Revuelta de los Granjeros (*Farmers Revolt*), ocurrida a finales del siglo XIX<sup>46</sup>, respecto a lo que debía

<sup>44</sup> «Las provisiones de la APA respecto a potestades reglamentarias se sustentaban, enteramente, en la creencia que la complejidad de las políticas públicas requerían del Congreso usar a las agencias administrativas como extensiones suyas para llevar a cabo su función legislativa... Hasta 1946, las potestades reglamentarias no eran estandarizadas. Previamente, algunas reglas fueron hechas con poca o sin ninguna consulta pública. Muchas no fueron publicadas y existían sólo como papeles mimeografiados conocidos como "mims" (American Bar Association 1934, 228). Para estándares contemporáneos, las provisiones iniciales de la APA respecto a la potestad reglamentaria fueron rudimentarias. Sin embargo, su premisa central—la potestad reglamentaria es función legislativa— ha servido como plataforma para legislación adicional que ha forzado a la potestad reglamentaria a adherirse a principios y valores legislativos... La APA fue también pensada para proveer transparencia, otro valor legislativo». David ROSENBLOOM, «Whose bureaucracy is This, Anyway? Congress 1946's Answer», *Political Science and Culture*, 34, diciembre 2001, pág. 774.

<sup>45</sup> David ROSENBLOOM, «A Brief History...», *op. cit.*, págs. 13-17.

<sup>46</sup> MONTIEL, citando a JELLINEK, respecto a la influencia de los ferrocarriles y la necesidad de su regulación, decía: «El aumento de la civilización tiene como consecuencia para el individuo aumentar las posibilidades de su acción. Los ferrocarriles y la máquina de vapor aumentaron de una manera increíble la libertad de movimiento de un lugar a otro. Los poderosos

considerarse precio justo<sup>47</sup> por el transporte en los ferrocarriles<sup>48</sup> y que diera lugar a la creación, y posterior actividad regulatoria, de la *Interstate Commerce Commission* (ICC)<sup>49</sup>; una misma justificación, la de las deficiencias del mercado, que luego en el siglo XX fue utilizada para regular tanto el transporte aéreo, en cuanto a entrada y frecuencias de operaciones, por parte de la *Civil Aeronautics Board*, como también las *public utilities* (servicios públicos domiciliarios), de entre las cuales la *Federal Communications Commission* (FCC), regulando la telefonía, es quien más ha tenido influencia en las regulaciones no sólo del país, sino en el mundo entero (cobertura universal del servicio, la división de la AT&T, obligaciones de interconexión, portabilidad numérica, etc.). La actividad administrativa en este ámbito, el de supervisión del mercado, se da a través de análisis económicos respecto a la rentabilidad de las operaciones, así como a la cobertura universal del servicio, según corresponda. La agencia responde a solicitudes, por parte de los consumidores o la industria, respecto a la modificación de tarifas o beneficios de los regulados, pedidos a los que responde emitiendo un informe que luego pasará a manos de un *board* o cuerpo colegiado de comisionados para que sean quienes determinen la *adjudication* o decisión final respecto al pedido hecho. La decisión emitida por el *board* puede ser cuestionada judicialmente, pero la realidad muestra que los jueces se autolimitan a conocer aspectos procedimentales, reconociendo la superioridad técnica de la Administración para emitir las decisiones de este tipo.

El segundo canal de expansión encontrado por los principios del *Administrative State* encuentra su origen en la ya mencionada *Sherman Act*

---

medios educativos que el Estado y las asociaciones de todas las clases ofrecen para que los hombres se sirvan de ellos libremente ha servido para extender el saber y el poder de innumerable personas. De este modo se abren constantemente nuevos territorios a la libertad, y a su vez, a lo que va unido siempre a ella, a la actividad del Estado, la cual se propone en no escasa medida la regulación y la protección de la libertad». Félix MONTIEL, «El ciudadano...», *op. cit.*, pág. 137.

<sup>47</sup> En *Wabash, St. Louis & Pacific Railroad Company v. Illinois* (1886), con la instauración del *domant* o *negative commerce clause*, que veda a los Estados imponer limitaciones o condicionamiento al comercio interestatal, quedó zanjada la expansión regulatoria federal.

<sup>48</sup> Luego, en 1914, con la promulgación de la *Clayton Act* se regularán no sólo las concentraciones, sino los comportamientos destinados a obstaculizar la libre y leal competencia. Alberto BIANCHI, en su ya mencionada monografía, tiene un magnífico trabajo que explica todo el razonamiento seguido para la expansión.

<sup>49</sup> «La Ley de Comercio Interestatal constituyó un hito fundamental en la evolución del Derecho público norteamericano por dos motivos básicos. En primer lugar, se puede decir que con ella comienza el desapoderamiento de los Estados federados en el ámbito de las competencias económicas. Por otro lado, la Ley en cuestión inicia el proceso de regulación pública de actividades privadas. Hasta tal punto que se ha llegado a ver en la misma el acta de nacimiento del Derecho administrativo estadounidense». Luis Alberto POMED SÁNCHEZ, «Fundamento y naturaleza jurídica...», *op. cit.*, pág. 123.

de 1890, referida a la regulación de los monopolios, y que luego devino en la creación en 1914 de la *Federal Trade Commission*. La Administración en este tipo de intervención tratará de regular el comportamiento de los mercados en cuanto tales, y si bien recurre a análisis económicos, ella está más preocupada en prácticas antisociales *per se*, es decir, aquellas en las que lo que importa es su presencia misma y no si han producido o no efectos negativos en el mercado. Fusiones y adquisiciones de empresas que pudiesen afectar el interés público de tener un mercado competitivo<sup>50</sup> son especialmente abordadas por una agencia que, al ser dependiente del *Department of Justice*, emite decisiones en las que se trata de conciliar la cruda eficiencia económica con valores constitucionales y políticos; unas decisiones que, sin embargo, pueden ser variadas mediante *adjudications* judiciales y ser factibles de estricto escrutinio técnico en las Cortes de apelación.

Un tercer sector o ámbito horizontal receptor de los principios administrativos del *Administrative State* lo constituye la regulación de la protección al consumidor. La impersonalización del comercio, que el desarrollo industrial trajo consigo, generó preocupaciones respecto de la seguridad de productos y servicios cuyos productores y consumidores finales residían en distintas y lejanas áreas geográficas, circunstancia que hacía imposible cualquier supervisión directa del consumidor sobre el procesamiento del producto que iba a consumir, tal como había ocurrido hasta entonces, cuando el comercio era local o intraestatal: ahora el consumidor debía confiar en la calidad prometida por el productor en el envase del producto o el contrato de servicio, pues no tenía protección federal que dilucide afectaciones surgidas del comercio interestatal.

Dada esta situación, dentro de un sistema liberal y bajo el amparo de las doctrinas del *Common Law* sobre la responsabilidad del comerciante, mencionadas ya antes, no es difícil colegir los numerosos casos de afectación grave a los consumidores, tal como quedó evidenciado en el caso del procesamiento de alimentos<sup>51</sup>. De ahí que la expansión de la intervención administrativa en este ámbito sea sólo consecuencia necesaria de los retos impuestos por el comercio. Sin embargo, conforme el desarrollo industrial avanzaba, nuevos desafíos se le presentaron a la Administración en su rol de protector del consumidor. La aparición de la *Food and Drug Administration*, de la *Federal Aviation Agency* y, en 1972, de la *Consumer Product Safety Commission* se hace eco de la preo-

---

<sup>50</sup> *Restrain of trade*, o restricción al comercio libre, es la afectación al interés general que se busca proteger con esta regulación.

<sup>51</sup> Tal es el caso del procesamiento de la carne, cuyos productores en el medio este y Chicago, principalmente, a partir de la *The Pure Food and Drug Act* de 1906, tuvieron que aceptar inspecciones federales de la mercancía destinada fuera del ámbito estatal.

cupación por asegurar unos mínimos estándares de calidad de los productos y servicios ofrecidos al público en general, asegurando que se encuentren dentro de lo razonablemente seguro para el comercio. La actuación administrativa en este ámbito de expansión se da, principalmente, mediante análisis técnicos y científicos, muchos de los cuales han devenido en los estándares mundiales de aquello que se considera seguro para el consumidor<sup>52</sup>.

La cuarta vía de expansión de la Administración pública norteamericana, y consiguientemente del *Administrative State*, es quizá la más especializada, pues está destinada a regular la seguridad de las nuevas tecnologías. En los Estados Unidos, muchas de las empresas generadoras de electricidad utilizan energía nuclear como insumo y son ellas las que constituyen los principales sujetos pasivos de la acción administrativa del ámbito que analizamos y que es llevada a cabo por la *Nuclear Regulatory Commission*. La sustantividad de la expansión en este ámbito reside es que aquí no se protege al consumidor o usuario, en cuanto partícipe de una transacción comercial-económica, sino al público en general, que puede o no estar en contacto con la actividad regulada; es decir, se ha ampliado el ámbito de protección administrativa hacia el interés general en cuanto tal, lo cual, en el sistema individualista norteamericano, constituye un paso significativo en la instauración definitiva de los principios y valores del *Administrative State*. Por lo demás, la expansión en este ámbito no se ha detenido y hoy se discute si debe abarcar a las nuevas industrias biogenéticas y a las llamadas *microwave technologies* (tecnologías inalámbricas) como el Wi-Fi o Bluetooth.

Posteriormente a la promulgación de la *National Environmental Policy Act* (1969), aprobada en respuesta a las entonces ya visibles consecuencias de la industrialización, se dio inicio a la regulación medioambiental, en lo que se constituye el quinto ámbito en la expansión administrativa federal de los principios del *Administrative State*. Esta nueva expansión horizontal es importante porque aquí no se trata de controlar residuos o emisiones, lo cual está regulado por la *Clean Air Act* y la *Clean Water Act*, y a cargo principalmente de cada Estado (California es el más activo en la materia), sino porque es una política regulatoria federal con efectos hacia el futuro, es decir, una actuación administrativa de planeamiento<sup>53</sup>, que busca evitar se repita aquello que ocurrió en la Región de

---

<sup>52</sup> Dentro de estos estándares podemos mencionar el etiquetado de los alimentos (donde se exige mencionar el número de calorías, proteínas, azúcares, sodio, etc., o la mención de presencia o no de determinados preservantes) o los parámetros de seguridad exigidos a los aviones y sus componentes.

<sup>53</sup> «Esta ley consiguió materializar... elevar a la categoría de mandato normativo el deber de los poderes públicos de promover la mejora de las condiciones ambientales. Su impacto en

los Grandes Lagos. Es por ello que la regulación medioambiental se ha convertido en el principal campo de batalla judicial entre la Administración y las industrias que buscan mantener, a toda costa, los estándares mínimos; sin embargo, la constante presión de la opinión pública y de la sociedad civil organizada (ONGs) ha hecho que los jueces se muestren reacios a retroceder a los avances y son sólo contados los casos en que se han admitido cuestionamientos a la decisión técnica administrativa.

Un sexto ámbito de expansión administrativa sectorial lo constituye la regulación de las relaciones laborales<sup>54</sup>. Inicialmente, durante la decadencia del sistema liberal, fueron los Estados los que resolvieron cuestiones como el máximo número de horas de trabajo, el trabajo de mujeres y niños, la seguridad industrial, etc.; pero fue a partir del *New Deal*, y de la promulgación de la *National Relations Act* de 1935, que la materia se ha convertido en un asunto federal. Posteriormente, y a consecuencia de la *Civil Rights Act*, se creó la *Equal Employment Opportunity Commission* como entidad encargada de hacer cumplir las normas antisegregacionistas, las cuales fueron luego expandidas hacia la protección de la mujer y las minorías, constituyéndose en la pauta administrativa mundial en la lucha contra las discriminaciones. Por otra parte, la creación de la *Occupational Safety and Health Administration* expande la regulación administrativa federal a los centros de trabajo: la seguridad y salud industrial ahora son una preocupación federal que debe ser cumplida en interés de los trabajadores y cuya vigencia ya no podrá ser esquivada por benignas regulaciones estatales. Luego, en 1993, al promulgarse la *American with Disabilities Act* se expande la regulación administrativa en favor de los trabajadores con limitaciones físicas. Expansión toda que no sólo ha repercutido en el sistema americano, sino que ha nutrido al resto del mundo<sup>55</sup> con regulaciones laborales en aspectos como el acoso sexual y la discriminación indirecta<sup>56</sup>.

La última gran expansión administrativa del *Administrative State*, a nivel federal, lo constituye la creación del *Department of Homeland Se-*

---

la vida política de ese país puede ser comparable al *New Deal* de 1930 o las reformas civiles de 1950 y 1960». María Teresa CARBALLEIRA RIVERA, «La tutela ambiental en el Derecho norteamericano», núm. 137 de esta REVISTA, mayo-agosto 1995, pág. 517.

<sup>54</sup> En los EE.UU. no existe un Derecho laboral como el europeo; cualquier regulación que afecte a la libre contratación está entendida como un poder de policía administrativa sobre el comercio, de servicios en este caso.

<sup>55</sup> Para Europa es famoso lo ocurrido con el controvertido caso *Kalanke* (1995), que admitió la discriminación positiva en favor de las mujeres.

<sup>56</sup> *Griggs v. Duke Power Co.* (1971) estableció que hay discriminación cuando en una selección se utilizan criterios neutrales pero que en los hechos afectan más a un grupo determinado, perfectamente identificable. Esto es lo que ocurre cuando, por ejemplo, se exigen innecesarios niveles de educación para un determinado puesto de trabajo, exigencia que, aparentemente, es un criterio neutral pero que afecta más a las minorías, que, por varios motivos, son las que menos acceso tienen a la educación.

curity, ocurrida tras los atentados del 9 de septiembre de 2001<sup>57</sup>. Se dice que ha sido la mayor reforma administrativa desde los tiempos del *New Deal*, pues con ella los mecanismos de inteligencia y de seguridad interna<sup>58</sup>, además de los de defensa civil<sup>59</sup>, fueron sustantivamente reconfigurados, al amparo de la *US Patriot Act*, ampliándose sus potestades de incidencia sobre la esfera privada de los ciudadanos, así como la discrecionalidad en el uso de las mismas. De ahí que no sean sorprendentes las críticas que esta expansión ha suscitado, muchas de las cuales han tenido eco en decisiones de la Corte Suprema<sup>60</sup>, que, a pesar de los tiempos difíciles en que vivía el país, parecen haber reafirmado los principios del *Administrative State* sobre cualquier eficiencia justificada en circunstancias excepcionales<sup>61</sup>.

Finalmente, en este camino de expansión horizontal del *Administrative State* no podemos pasar por alto la celebrada<sup>62</sup> instauración<sup>63</sup> de la

<sup>57</sup> Un análisis comprehensivo de la materia puede encontrarse en Stephen DYCUS, William C. BANKS y Peter RAVEN-HANSEN, *National Security Law*, 4.ª ed., Aspen, CO: Aspen Publishers, 2006.

<sup>58</sup> La reorganización ha sido muy cuestionada pues, por ejemplo, las aduanas y el servicio de inmigración y naturalización, dos entidades totalmente inconexas, han sido puestas bajo la dirección de una misma agencia, lo cual ha producido deficiencias estructurales que aún hoy se intentan superar.

<sup>59</sup> Es el caso de FEMA (*Federal Emergency Management Agency*) y su desastrosa reorganización llevada a cabo tras las gruesas deficiencias detectadas al enfrentar la emergencia del huracán *Katrina*. Un buen estudio al respecto puede hallarse en Donald P. MOYNIHAN, *From Forest Fires to Hurricane Katrina: Case Studies of Incident Command Systems*, Washington, DC: IBM Center for the Business of Government, 2007.

<sup>60</sup> Decisiones, entre otras, como las de *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), *Rumsfeld v. Padilla* (2004) y *Handam v. Rumsfeld* (2006).

<sup>61</sup> ROSENBLOOM comenta que la Corte ha reafirmando lo ya dicho en la famosa decisión *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* (1983): «No hay sustento en la Constitución o decisiones de esta Corte para que las dificultades y dilaciones, frecuentemente encontradas al cumplir explícitos mandatos constitucionales, puedan justificar su incumplimiento... con todas sus demoras, desorden y potencial abuso, nosotros no encontramos mejor forma para proteger la libertad que sujetando el ejercicio del poder a los controles cuidadosamente diseñados en la Constitución... la Suprema Corte es unánime en sostener que la separación de poderes, además de otras provisiones constitucionales, "imponen cargas al proceso de gobierno, las cuales parecen torpes, ineficientes, incluso incoherentes". Sin embargo, los jueces también han reafirmado la fundamental necesidad de adaptar los principios administrativos a las disposiciones constitucionales. En la pugna entre principios administrativos y constitucionales, los últimos son supremos. La Constitución no puede ser reconfigurada en el nombre de la eficiencia de costos». David H. ROSENBLOOM (ed.), *Revisiting Waldo's Administrative State: Constancy and Change in Public Administration*, Washington, DC: Georgetown University Press, 2006, pág. 102.

<sup>62</sup> SCHWARTZ: «el umbral de una nueva era en la historia del Derecho... verdaderamente estamos ante una explosión de Derecho Administrativo... de cambios sin precedentes». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Algunas reflexiones...», *op. cit.*, pág. 245.

<sup>63</sup> «Esa jurisdiccionalización plena de la actuación administrativa de tutela... más la aportación básica de extender las exigencias del *due process* al procedimiento de *adjudication* y la regulación del desarrollo de las regulaciones legislativas por el ejecutivo —rule making— [fueron] la gran innovación de la *Federal Administrative Procedure Act*». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibid.*, pág. 252.

*Administrative Procedure Act*<sup>64</sup>, en 1946, que ha amalgamado toda la expansión horizontal mencionada. Han pasado ya más de sesenta años desde su entrada en vigencia y son muchos los frutos cosechados en todos estos años, pues la Ley, como su propio nombre lo indica, viene a regular los procedimientos administrativos o el contacto entre ciudadanos y Administración producido con ocasión del ejercicio de las atribuciones de Derecho público que ella detenta<sup>65</sup>.

ROSENBLOOM precisa que son cuatro los ámbitos de regulación de la Ley: en primer lugar, el acceso a la información pública sobre las reglas, opiniones, órdenes y archivos públicos, requiriendo su publicación en el *Federal Register*; regulación ampliada luego, en 1996, por la *Freedom of Information Act*, que otorgó a los ciudadanos el derecho a accionar contra aquella agencia administrativa que no le provea información pública; en segundo lugar, establece normativa sobre el *rulemaking* o actividad legislativa, haciendo transparentes los procedimientos que llevan a la promulgación de una regulación administrativa; en tercer lugar, norma el proceso de la *adjudication* u *order making*, lo cual no es sino la actividad judicial o de adjudicación de derechos que la Administración realiza a un ciudadano, conforme a lo establecido en ley autorizatoria del Congreso (*statute law*); y, finalmente, en cuarto lugar, establece las provisiones que guiarán la revisión judicial de la acción administrativa federal, de entre las que destacan las materias exentas al escrutinio judicial, el *standing* o capacidad para presentarse ante el juez, el agotamiento de remedios en vía administrativa y la espera al pronunciamiento expreso de la Administración si ésta tiene *primary jurisdiction*, caso en el cual sólo revisará la cobertura legal de su actuación. Los principios sobre los que se cimienta el *Administrative State*, pues, habían sido recogidos en la *Administrative Procedure Act*.

Sin embargo, como bien lo precisara SCHWARTZ, en la *Administrative Procedure Act* no se trataba de procedimentalizar toda la actividad de la Administración, ni de regular toda la actividad judicial que contra ella

<sup>64</sup> Un completo análisis de esta trascendente Ley puede encontrarse en José Luis VILLAR PALASÍ, «La *Federal Procedure Administrative Act* de los Estados Unidos», núm. 1 de esta REVISTA, enero-abril 1950, págs. 277-295.

<sup>65</sup> La ortodoxia que separaba política de administración fue confrontada directamente por esta Ley. ROSENBLOOM recuerda que: «Mil novecientos cuarenta y seis fue la divisoria de aguas de la Administración pública de los EE.UU. En este año, el Congreso, esencialmente, “repelió” la dicotomía entre política y administración. Durante el debate de la *Administrative Procedure Act* de 1946, los miembros del Congreso se dieron cuenta de que los servidores públicos habían asumido “la función de hacer la ley” y ejercitar “potestades legislativas y judiciales”. Los legisladores se sorprendieron de que ellas “vinculaban a los ciudadanos exactamente a como vinculaban las leyes o sentencias judiciales”. La presencia de potestad reglamentaria en la administración es la más clara expresión de que hacen políticas públicas. Si los administradores hacen políticas públicas, entonces la política y la administración estuvieron combinadas y nunca separadas». David H. ROSENBLOOM (ed.), *Revisiting Waldo's Administrative State...*, op. cit., p. 91.

se llevará a cabo, sino de establecer guías de actuación del ámbito relacional externo de la Administración mediante garantías procedimentales (*due process of the law*, o debido proceso ante la ley de la decimo-cuarta enmienda) a toda actuación en que ella tenga parte<sup>66</sup>. Esto, que a los ojos de un administrativista europeo pueden parecer endeble garantías para someter el poder al Derecho, ha sido suficiente y exitoso en los EE.UU., donde la instauración de estos principios básicos de actuación, sumados a las regulaciones particulares de cada agencia, todo esto bajo una cercana vigilancia judicial<sup>67</sup>, han logrado juridizar la acción administrativa y someterla plenamente al Derecho.

### III. LA EXPANSIÓN DEL *ADMINISTRATIVE STATE* AL ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS ADMINISTRADOS: LOS *NEW PROPERTY RIGHTS*

El *New Deal* supuso la creación de nuevos derechos sociales para los ciudadanos, derechos como los de recibir ayuda económica en caso de desempleo o el acceso a la educación básica, viviendas públicas, créditos blandos para la educación superior, etc.; beneficios o *entitlements* que han sido interpretados como adiciones a la esfera subjetiva de derechos individuales, en términos de derechos de propiedad, bajo la denominación de *new property rights*<sup>68</sup>.

He aquí de nuevo la ligazón con el espíritu lockeano de la Constitución, incluso cuando de derechos sociales se trata, pues como quiera que estemos ante la afectación de la propiedad, cualquier diferencia que se suscitase con el gobierno respecto de estos nuevos derechos tendría que resolverse ante los jueces. Y es desde aquí, desde la revisión judicial de las decisiones administrativas (difusa pero coherente)<sup>69</sup>, desde don-

<sup>66</sup> «No se trata, pues, de seguir toda la actividad de las agencias administrativas que ejercen sus poderes ejecutivos, sino sólo aquella actividad que hace relación a derechos y obligaciones de los administrados». GARCÍA DE ENTERRÍA, «Algunas reflexiones...», *op. cit.*, pág. 247.

<sup>67</sup> «En esta caracterización relacional, primero, procedimental, en segundo término, del Derecho Administrativo son visibles a simple vista reflejos del *ordo mentis* jurídico anglosajón y especialmente su perspectiva judicialista». GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibid.*

<sup>68</sup> CARBALLEIRA explica muy bien la naturaleza de estos nuevos derechos y, si bien lo hace respecto del tema medioambiental, es plenamente aplicable a los demás *new property rights*: «Y es que en realidad... no presupone únicamente un modelo de actuación pública sino que, muy al contrario, es su misma naturaleza pública la que obliga y demanda de los poderes públicos el establecimiento de unos derechos reaccionales. De acuerdo con esta idea acuñada por la jurisprudencia norteamericana, el Estado debe establecer y garantizar aquellos *instrumentos que permitan al ciudadano ejercer sus derechos y libertades*. Para defender el interés objetivo de la colectividad debe, pues, hacerse descender el deber público de velar por el disfrute de unas condiciones medioambientales adecuadas al plano subjetivo de todos y cada uno de los ciudadanos». María Teresa CARBALLEIRA, «La tutela...», *op. cit.*, pág. 515.

<sup>69</sup> ROSENBLOOM señala que cuatro pilares sostienen la respuesta judicial al *Administrative State*: primero, la tutela de las Cortes federales a derechos individuales, como los de prisione-

de, a partir de los años cincuenta del pasado siglo<sup>70</sup>, se ha logrado el mayor desarrollo de la vigencia plena de los principios del *Administrative State*, reduciendo significativas parcelas de discrecionalidad administrativa y otorgando derechos a los ciudadanos que pudiesen verse afectados por su accionar<sup>71</sup>. El valor de la eficiencia ciega, propia de la ortodoxia administrativista<sup>72</sup>, debió ceder ante otros valores tan o más importantes sacados a la luz en valientes decisiones judiciales que le recordaron al gobierno que su razón de ser está en el servicio al interés general y que éste incluye el respeto a los valores constitucionales<sup>73</sup>. La exigencia del *due process of the law*, o debido proceso en la actuación administrativa, por ejemplo, es consecuencia de esta supervisión judicial, la cual ha establecido que ésta no pueda ser arbitraria, caprichosa o no razonable (*substantive due process*)<sup>74</sup>.

---

ros o enfermos mentales, bajo la doctrina de las *unconstitutional conditions*, que devendrá en los *new property rights*; segundo, las Cortes relajaron los requerimientos para la admisión (*standing*) de demandas presentadas contra la Administración; tercero, el *remedial law*, o poderes de ejecución de sus sentencias por la Administración; y cuarto, la posibilidad de responsabilidad personal en el funcionario ante demandas constitucionales en las que se le exige tener «conciencia» de la constitucionalidad de sus actos. David H. ROSENBLOOM (ed.), *Revisiting Waldo's Administrative State...*, *op. cit.*, págs. 93-94.

<sup>70</sup> «Desde los años cincuenta, las cortes federales, incrementalmente, han puesto restricciones constitucionales a la administración pública en tanto... ella históricamente, de distintas formas, ha infringido derechos individuales que el grueso de la sociedad, eventualmente, halló inaceptables. [Primer]o, la judicatura ha desarrollado un mecanismo que crea fuertes incentivos en los administradores públicos para ser conscientes de los valores constitucionales y judiciales... Segundo, el alcance de la revisión judicial de acuerdo al derecho administrativo y la expansión de oportunidades antagonistas de retar a la administración en cortes permite a la judicatura jugar, generalmente, un papel mucho más activo en el *Administrative State*... las cortes están permitidas ahora de intervenir directamente en la administración pública... Tercero, el derecho administrativo, tal cual lo conocemos hasta ahora, ha evolucionado como esfuerzo para solucionar muchas tensiones en la administración de los EE.UU.: burocracia versus democracia, eficiencia versus justicia-imparcialidad e intimidación-privacidad, estandarización versus individualización y equidad-justicia, experiencia administrativa neutral versus dignidad individual y autonomía... Cuarto, la respuesta judicial a las quejas de clientes, consumidores y empleados del *Administrative State* ha llevado al abandono de la doctrina del privilegio y situar la administración de beneficios públicos y manejo del personal dentro de las obligaciones constitucionales... Las Enmiendas Primera, Cuarta, Quinta y Decimocuarta ahora están intrincadas en las relaciones de los funcionarios públicos con clientes, consumidores y otros empleados públicos». David ROSENBLOOM y Rosemary O'LEARY, *Public Administration...*, *op. cit.*, págs. 303-304.

<sup>71</sup> «... este aspecto de la respuesta judicial al surgimiento del *Administrative State* tiene el impacto de reducir la discrecionalidad burocrática y el poder sobre los ciudadanos». *Ibid.*, *op. cit.*, pág. 306.

<sup>72</sup> Esa misma corriente de pensamiento, que en Europa tuvo su máxima expresión en la superioridad técnica y moral de la que nos hablaba Max WEBER, tuvo en Norteamérica un mismo camino que, según WALDO, se resumía en que la Administración debía ser considerada un campo de gestión pura donde la política debía ser excluida.

<sup>73</sup> Los casos de las prisiones, centros de salud mental o centros de educación con baja calidad de servicio han sido los pioneros en aceptar las correcciones judiciales a la eficiencia administrativa.

<sup>74</sup> Esta teoría legal sostiene que la quinta y decimocuarta enmiendas de la Constitución americana no sólo aseguran un proceso limpio y justo cuando el gobierno afecte la esfera indi-

De ahí que hoy en día se hable, con propiedad, de una *partnership* o codirección de la Administración entre el ejecutivo y el judicial<sup>75</sup>. No obstante, con lo bueno que parece, ella no está libre de críticas referidas, principalmente, a la quiebra del dogma de la separación de poderes, pues se acusa a los jueces del ejercicio de un poder no autorizado por la Constitución, de una *jurocracy*<sup>76</sup> que impone decisiones de gobierno sin tener legitimidad democrática para hacerlo, evidenciándose esto, aún más, si tenemos en cuenta la ausencia de competencia técnica en los jueces que, a decir de los críticos, producen decisiones costosas para la Administración, impuestas sólo por el mero hecho del ejercicio de su autoridad; y, lo que es peor, en el caso de los jueces federales, se dice que violan el principio de *federalism clause* cuando le ordenan a un Estado administrar determinados servicios bajo un cierto nivel de calidad. Bien sabemos que los dogmas, como aquel de la estricta separación de poderes, no son inmutables<sup>77</sup>, y la realidad muestra que la Administración pública norteamericana, luego de la expansión y de que los jueces han ejercitado su control, está mejor y mucho más fortalecida<sup>78</sup>.

Sin embargo, la supervisión judicial de los actos de la administración no se detiene en reparar sus efectos, sino que intenta corregir sus causas<sup>79</sup>. La responsabilidad patrimonial<sup>80</sup> directa del funcionario pú-

vidual del ciudadano (vida, propiedad o libertad en los términos constitucionales), sino que sus derechos no pueden ser afectados sin una justificación constitucional adecuada, no importando que el proceso haya sido limpio y justo en las formas.

<sup>75</sup> «A diferencia del juez europeo que carece de la capacidad de desviarse o complementar los contenidos normativos, la influencia del Common Law permite que el juez norteamericano asuma un papel activo en el proceso de creación normativa dado que es él el llamado a cubrir todas las posibles lagunas y situaciones que podrían darse dentro de la norma y que el legislador no pudo prever. El juez, por tanto, interpreta y aplica las normas llegando incluso a serle otorgada dicha función por el legislador». María Teresa CARBALLEIRA, «La tutela...», *op. cit.*, pág. 522.

<sup>76</sup> «La interpretación judicial de los requisitos y garantías de la APA [*Administrative Procedure Act*] y de la cláusula constitucional del *due process*, llevando al seno administrativo exigencias propias del proceso judicial como fórmula de control de la discrecionalidad de las exigencias (*hardlook doctrine*), si bien en un primer momento sirvió para corregir excesos por parte de la burocracia, ha generado una judicialización atezadora e impracticable del sistema administrativo en muchos casos». Francisco DELGADO PIQUERAS, «La *Administrative Dispute Resolution Act* de los Estados Unidos: Introducción, traducción y notas», núm. 131 de esta REVISTA, mayo-agosto 1993, pág. 563.

<sup>77</sup> Recordemos lo que ocurrió en Francia con el dogma de la autonomía de la voluntad tras la tragedia vivida en la Segunda Guerra Mundial.

<sup>78</sup> Particular relevancia tienen los casos de bienestar social, manejo de personal, regencia de prisiones, centros públicos de salud mental, aspectos de regulación ambiental y, lo que es más importante, el *street level administration* sobre correctas formas de ejercicio por los cuerpos de seguridad.

<sup>79</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, al respecto, tiene unas memorables páginas en esta REVISTA: «... que el sistema francés es superior al angloamericano por la mayor perfección técnica de las resoluciones judiciales del *Conseil d'État*, y de los demás Tribunales europeos que han adoptado sus principios, respecto de la jurisprudencia administrativa de los jueces angloamericanos no especializados, se está diciendo una verdad a medias. Las decisiones judiciales advienen en nuestros sistemas *ex post facto*, cuando la Administración con actuación de parte, cuando no

blico que haya emitido una decisión fuera del rango de lo que se considera razonablemente constitucional es quizá el más significativo aporte de la judicatura al *Administrative State*. Desde *Bivens v. Six Unknown Named Agents* (1971)<sup>81</sup> se ha otorgado al ciudadano el *implied cause of action*, o la acción procesal privada, que le permite demandar ante jueces ordinarios a todo aquel funcionario que haya violado un derecho constitucional<sup>82</sup>, un derecho que se ha dicho emana directamente de la Constitución y que, por ello, no es necesaria construcción legal intermedia que permita el ejercicio de su acción<sup>83</sup>. Que exista este *remedy* (remedio) es importante y trascendental porque de ahí en adelante se exigirá en el más modesto funcionario público, sobre todo aquellos del *street level administration* (administración al nivel de la calle), *constitu-*

abiertamente parcial, ha decidido y ha ejecutado. La justicia administrativa viene siempre a posteriori y con toda frecuencia sin capacidad reparatoria completa, prestando satisfacciones más retóricas que efectivas, siempre tardías, rara vez —y no es exageración para quien tenga alguna experiencia práctica del funcionamiento real del sistema—, rara vez, repito, totalmente eficaces para deshacer el atropello previo. *El Derecho angloamericano ha volcado su esfuerzo en impedir ese atropello previo*, en evitar el abuso de las decisiones tomadas en propio interés de la Administración, *confiando este tipo de decisiones a órganos imparciales, actuando con unas formalidades reducidas, pero plenas en el ámbito de la garantía. Que la revisión jurisdiccional a posteriori sea menos sutil que la europea parece ya de menos interés desde la economía sustancial del problema básico, que es la posición del ciudadano... el mundo anglosajón no vive en un déficit legal de principio en la regulación legal de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos; vive, simplemente, en otro sistema que el nuestro, cuyos rendimientos globales, que son los únicos que deben contar, no son, en modo alguno, inferiores a los que nosotros conseguimos tan trabajosamente*. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Algunas reflexiones...», *op. cit.*, págs. 256-257 (resaltado nuestro).

<sup>80</sup> «La responsabilidad patrimonial del estado federal ha existido desde la *Federal Torts Claims Act* de 1946 que estableció el principio de que “los Estados Unidos serán responsables, siempre que haya culpa, de la misma manera y tan ampliamente como un particular en las mismas circunstancias”. Esto supone, obviamente, que el Estado asume (responsabilidad directa) los daños cometidos por sus agentes, pues en relación con los particulares se aplica el principio *respondeat superior*». Fernando GARRIDO FALLA, «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», núm. 119 de esta REVISTA, mayo-agosto 1989, pág. 14.

<sup>81</sup> Un análisis de la trascendencia de esta sentencia, que tuvo eco en la RAP, se puede encontrar en Ignacio BORRAJO INIESTA, «Indemnización constitucional (a propósito de la sentencia *Bivens* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos)», núm. 103 de esta REVISTA, enero-abril 1984, págs. 209-225.

<sup>82</sup> «... consagra un principio cardinal: la lesión de un derecho establecido en la Constitución puede dar lugar a indemnización, aunque ninguna ley lo determine». Ignacio BORRAJO INIESTA, «Indemnización...», *op. cit.*, pág. 209.

<sup>83</sup> «La sentencia *Bivens* es, por tanto, una aplicación directa de la Constitución que no se reduce a declarar normas constitucionales. La representación de los demandados había pretendido reducir de esta manera la decisión del Tribunal, alegando que la indemnización sólo podría ser otorgada por un tribunal en ausencia de Ley del Congreso que la previese, si tal remedio era “necesario” o “imprescindible” para vindicar el derecho constitucional lesionado. El Tribunal Supremo se negó en redondo a aceptar, incluso, el planteamiento de la cuestión tal y como lo formulaba el Gobierno. La cuestión para el Tribunal era, más bien, si un demandante que demostrase una lesión producida por una transgresión de sus derechos constitucionales tenía derecho a obtener reparación mediante alguna de las medidas o sanciones normalmente ejecutadas por los tribunales federales. La respuesta del Tribunal en *Bivens* fue positiva. El Tribunal hizo, pues, que la garantía de la Constitución operase como principio general en favor de la accionabilidad». *Ibid.*, *op. cit.*, pág. 218.

*tional competence* (competencia constitucional)<sup>84</sup>, que le permita determinar qué es aquello que, razonablemente, demanda la Constitución de su labor<sup>85</sup>. La eficiencia que desesperadamente perseguía Javert, el monstruoso funcionario que Víctor HUGO nos mostró, figura utilizada por las Cortes norteamericanas para representar la eficiencia propuesta por la ortodoxia liberal en la que la Administración es una cuestión puramente técnica, ya no está permitida en el *Administrative State*<sup>86</sup>.

Por otra parte, sumado a lo anterior, se ha producido el abandono de la doctrina de la inmunidad absoluta (*doctrine of absolute immunity*) que admitía la imposibilidad de accionar responsabilidad patrimonial contra actos de funcionarios públicos realizados con ocasión del ejercicio de sus cargos, permitiéndoles actuar con discrecionalidad en la determinación última del interés público, uno de los *managerial aspects* en los que se basaba la eficiencia ortodoxa, y que las Cortes han variado<sup>87</sup> hacia una inmunidad cualificada (*qualified immunity*), en donde la responsabilidad civil y personal emana si es que dentro de la competencia constitucional razonable que se le exigía al funcionario<sup>88</sup> hubiese sido posible que advirtiera la inadecuación de su conducta con los postulados constitucionales<sup>89</sup>.

Los jueces, pues, al final lo que hacen es un *test de eficiencia* consti-

<sup>84</sup> «La Juan Breyer-Beveridge, coordinador de empleados nuevos en la Oficina Federal de Recursos Humanos (OPM), dijo: Previamente a que Ud. se convierta en empleado federal, Ud. tiene que jurar sobre la Constitución. Por eso, debe saber al menos qué es lo que está jurando. Para Linda Springer, directora de la OPM... «éste es un costo mínimo comparado con el valor de lo que Ud. obtiene de él». «Nueva ley requiere a empleados conocer la Constitución» (editorial), *The Washington Post*, 20 de julio de 2005.

<sup>85</sup> «Pero puede ocurrir que a la luz de los deberes asignados a determinados funcionarios y empleados surja la obvia necesidad de un mayor o diferente entrenamiento, y la inadecuación tan propicia de resultar en la violación de derechos constitucionales, que razonablemente puede ser dicho que los dirigentes de la ciudad han estado deliberadamente indiferentes a la necesidad. En el caso de que deficiencias en proveer adecuado entrenamiento, puede decirse, sin hesitación, que esa postura representa una política pública de la ciudad por la cual puede hallarse responsable si tal política pública causa daños». *City of Canton v. Harris* (1989).

<sup>86</sup> *Jordan v. Gradner* (1993).

<sup>87</sup> No obstante, la *absolute immunity* se mantiene para cargos como el del presidente, jueces, legisladores e incluso miembros del ejecutivo (federal, estatal, local) que realicen *funciones* legislativas o judiciales.

<sup>88</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA captó muy bien el espíritu de esta supervisión judicial: «[en Europa la] jurisdicción contencioso-administrativa [...] puso fin a la inicial inmunidad judicial de las decisiones administrativas de autotutela [mientras que] en los países anglosajones esa jurisdiccionalización no se ha montado en un órgano judicial separado, por evolución de un antiguo órgano administrativo de control, como ha ocurrido en el modelo europeo, sino que se ha atribuido por decisión política de la ley a los tribunales [Cortes] ordinarios, siguiendo su tradición propia». Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Algunas reflexiones...», *op. cit.*, pág. 252.

<sup>89</sup> *Harlow v. Fitzgerald* (1982) fijó el estándar: la responsabilidad quedará excluida «en la medida en que su conducta no viole normas y/o estatutos claramente establecidos o derechos constitucionales de los que una persona razonable esté consciente de su presencia», es decir, el funcionario puede argüir que él dentro de lo razonable no podía advertir que sus actos en ocasión del ejercicio de la función constituyesen una violación constitucional debido a que los derechos en cuestión no estaban claramente establecidos.

tucional, un aspecto muchas veces dejado de lado<sup>90</sup> por las decisiones técnicas<sup>91</sup> de la Administración<sup>92</sup>, y en donde, desde la oposición entre términos de uniformidad<sup>93</sup> y diversidad de valores (defendidos por la Administración y las Cortes, respectivamente)<sup>94</sup>, se ha producido la tan deseada conciliación entre los principios y valores constitucionales y la eficiencia cuantitativa, un fin último que, en este país, se ha logrado a impulso de las decisiones judiciales<sup>95</sup>. Para plasmar este *test de eficiencia* se ha ideado un tipo especial de procedimiento llamado *remedial law* o *public law litigation*<sup>96</sup>, distinto al ordinario en tanto aquí no hay inte-

<sup>90</sup> «Dicen algunos que éste es un modo de separar la Administración de la Política. Para salvaguardar aquélla. Para evitar los influjos perniciosos de los malos hábitos democráticos. De la demagogia. Y porque lo administrativo es una función eminentemente técnica. Hay que corregir que la Administración no está *separada* sino, al contrario, *sometida* —y de la peor manera— a la presencia de la Política. Precisamente por carecer de *relaciones directas* con las fuentes democráticas de la ciudadanía... Defienden la separación entre Administración y Política los que conciben la Administración —según dijimos antes— como una obra esencialmente “técnica”, donde la idea de la *eficacia* se impone como una condición más o menos incompatible con la idea de *democracia*». Félix MONTEIL, «El ciudadano...», *op. cit.*, págs. 133-134.

<sup>91</sup> Las decisiones técnicas, con su oscurantismo, pueden estar fuera del alcance revisor de la jurisdicción, como bien lo estudió Eva DESDENTADO en *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*, Madrid: Civitas, 1997.

<sup>92</sup> «... en una democracia constitucional, como la de los EE.UU., la comunidad política puede preferir que la administración pública promueva la justicia, libertad y equidad por sobre la llana eficiencia. No es sorprendente, pues, que la judicatura federal empiece a imponer estos valores en la administración pública contemporánea, favoreciendo precauciones constitucionales por sobre intereses de gestión». David ROSENBLOOM y Rosemary O'LEARY, *Public Administration...*, *op. cit.*, pág. 308.

<sup>93</sup> La eficiencia organizacional y el tema de las *independent agencies* es un aspecto constitucional que ha tenido mucha discusión doctrinaria en los Estados Unidos. Enrique GARCÍA LLOVET advierte de los peligros de los términos de esa uniformidad-unicidad de valores en las decisiones administrativas: «La importancia de los procesos organizativos no se reduce a la simple funcionalidad del sistema en orden a la eficacia; el modelo organizativo atiende también al sistema de legitimación de la actividad de la propia Administración Pública; en palabras de Bachelet, la disciplina jurídica de la organización de la Administración Pública, además de establecer la estructura con criterios de funcionalidad, quiere también constituir un sistema de legitimidad y oportunidad objetiva de la acción y de los procedimientos de la Administración Pública, sea frente a la colectividad, sea frente al concreto ciudadano; esto es, una característica del aparato administrativo de un moderno Estado de Derecho». Enrique GARCÍA LLOVET, «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», núm. 131 de esta REVISTA, mayo-agosto 1993, pág. 61.

<sup>94</sup> James MADISON, en *El Federalista*, núms. 10 y 39, defendía la diversidad en términos de la individualidad de los ciudadanos. Esta individualidad es lo que las Cortes deben evaluar cuando el ciudadano presenta un caso frente a la Administración, la cual, por la uniformidad de criterios que está acostumbrada a usar, puede negar esa individualidad: «La diversidad en las facultades de los hombres, de donde se originan los derechos de propiedad no es menos que un obstáculo insuperable para una uniformidad de intereses. La protección de esas facultades es el primer objetivo del gobierno».

<sup>95</sup> Un caso que muestra cómo las Cortes han corregido esta eficiencia técnica es el de la afectación a civiles afectados por las pruebas atómicas en Nevada y Utah. Las Cortes han determinado que las personas ya no son dispensables cuando lo que se busca es probar una tecnología que permita defender al país contra una amenaza inminente como lo era la Unión Soviética.

<sup>96</sup> Por la forma en la que están estructurados, me parece que tienen mucho del proceso contencioso-administrativo europeo. He ahí otra muestra de la vocación de universalidad del Derecho administrativo.

reses claramente opuestos, como en las demandas privadas, y porque lo que se busca con él es que el juez determine cuáles son los niveles adecuados de prestación pública de un determinado servicio, «remediando» la eficiencia técnica administrativa, pudiendo, inclusive, supervisar durante años que el cumplimiento se ajuste a los niveles fijados en el *remedy* emitido. Puede objetarse, como lo hacen los críticos, que es difícil determinar un límite para los alcances del remedio, lo cual puede dar ancha vía al abuso de la judicatura; pero, ante el conflicto entre activismo judicial y el respeto a la estructura de poderes, creemos firmemente, guiados por las tesis de Ronald DWORKIN, que la integridad en la decisión judicial es la mejor respuesta, y que éste parece ser el camino seguido por la judicatura norteamericana, plenamente consciente del efecto de sus decisiones, y por eso, por la cautela de su proceder, es que sus intervenciones han encontrado poca resistencia<sup>97</sup>.

#### IV. LA EXPANSIÓN VERTICAL DEL *ADMINISTRATIVE STATE* AL *STREET LEVEL ADMINISTRATION*: COMPETENCIA CONSTITUCIONAL EN EL USO DE LA INTUICIÓN

El *Administrative State* se ha expandido tanto horizontal como verticalmente; es decir, la expansión regulatoria y de control, y consiguiente aplicación de los principios y valores constitucionales (iuspublicistas), no solamente se dieron a nivel de sectores de las actividades, mencionados antes, sino también verticalmente en todos los niveles de la Administración (federal, estatal, local). A nivel estatal, en buena medida, la expansión horizontal ha sido paralela a la federal, aun cuando en muchas ocasiones le ha precedido; sin embargo, lo que sí es de destacar es que los principios del *Administrative State* hayan llegado, verticalmente, hasta el nivel más bajo de la Administración local, aquel al que se ha venido a llamar el *street level administration* (administración de la calle), en referencia específica a aquellas actividades en las cuales el agente administrativo está en permanente contacto con los ciudadanos y que tienen depositadas importantes parcelas de discrecionalidad en orden a realizar mejor su labor; profesores, asistentes sociales, trabajadores de la salud, personal de programas sociales y, sobre todo, personal de los cuerpos de seguridad son considerados funcionarios del *street level*<sup>98</sup>.

Michael LIPSKY<sup>99</sup> sostiene que la discrecionalidad es un componente

<sup>97</sup> La luz del razonamiento jurídico de Oliver Wendell HOLMES parece proyectarse aún sobre la judicatura norteamericana.

<sup>98</sup> ROSENBLOOM apunta que fue el *chief justice* Earl WARREN, en *Terry v. Ohio* (1968), quien acuñó el término.

<sup>99</sup> Michael LIPSKY, *Street-Level Bureaucracy*, New York: Russell Sage Foundation, 1980.

esencial de este tipo de administración, pues sólo con ella es posible que las labores al *street level* puedan ser llevadas a cabo eficientemente. Pedir a un policía que consulte a sus superiores cuál es el exceso de velocidad tolerable sobre el límite legal impuesto, o hacer lo mismo para un profesor respecto a cuándo le es permitido sancionar a un estudiante, tornaría la tarea administrativa en casi imposible. De ahí que LIPSKY sugiera que, en verdad, el norte que guía la actuación de estos funcionarios sea la intuición antes que el comportamiento racional-comprehensivo<sup>100</sup>. Sé que esto puede sonar chocante al lector europeo en tanto viene a dar espacio a la determinación unilateral de aquello que constituye el interés público; sin embargo, aquí y en cualquier parte del mundo, la realidad es ésa, que, en el fondo de su subconsciente, los agentes públicos del *street level* confían en su intuición e instinto, como fuente primaria de sus decisiones.

Pues bien, si lo anterior es cierto, entonces, ¿cómo puede el *Administrative State* enfrentarle? ¿Cómo podemos hacer para que las garantías del Derecho público en el ejercicio de potestades públicas prevalezcan siempre? La respuesta pasa por aceptar que la presencia de la intuición y discrecionalidad es inevitable, pero que el debido ejercicio de la misma depende mucho de la preparación que el funcionario público tenga para que haga un buen uso de ella. De ahí que la capacitación, entrenamiento y actualizaciones que la agencia administrativa empleadora brinde constituya un aspecto crucial para determinar cuánto de la responsabilidad le corresponde, por un lado, al agente que ha abusado de su posición de autoridad sobre el ciudadano y, por otro, a la agencia empleadora responsable de seleccionar y capacitar adecuadamente a su personal. Un ejemplo del avance sustancial en este respecto se encuentra en el sector de protección medioambiental, en donde si la afectación se ha producido como consecuencia de la negligencia del funcionario público respecto a la aplicación de los parámetros establecidos, entonces éste tendrá responsabilidad penal directa y la agencia asumirá la responsabilidad patrimonial por su mal desempeño<sup>101</sup>.

Las Cortes ya han determinado con suficiencia la responsabilidad de la agencia cuando, por un deficiente entrenamiento de sus agentes, se dio lugar a una lesión constitucional; unos precedentes que, sin duda, han colaborado en la construcción definitiva del *Administrative State*<sup>102</sup>. Pero, junto a ello, se ha hecho necesario instaurar la responsa-

<sup>100</sup> David ROSENBLOOM, James CARROLL y Jonathan CARROLL, *Constitutional Competence for Public Managers. Cases and Commentary*, Belmont, CA: Thomson, 2007, pág. 81.

<sup>101</sup> ROSENBLOOM y O'LEARY explican muy bien esto en el capítulo 9 de *Public Administration and Law*.

<sup>102</sup> USSC *Delaware v. Proust* (1979), *New Jersey v. T.L.O.* (1985) y *Canton v. Harris* (1989) son los casos que han trazado el camino de la responsabilidad del agente en el *street level*.

bilidad patrimonial personal de los agentes<sup>103</sup>; de ahí que, en la búsqueda de este objetivo, hoy en día las Cortes presumen competencia constitucional hasta en el más rancio soldado o agente de seguridad (p.ej., los abusos en la prisión de Abu Ghraib) y los casos de abuso policial o militar son juzgados teniendo en cuenta no sólo los actos cometidos, sino, y sobre todo, el deber que tienen por honrar el juramento que hicieron de hacer respetar la Constitución de los EE.UU.<sup>104</sup>.

Exigir competencia constitucional en los agentes de la administración, sin duda, parece ser una pesada carga que impone el *Administrative State*; pero este mismo reto, el de la eficiencia verdadera, es a la vez una oportunidad para reforzar la relación entre Administración y sociedad, haciendo que ésta encuentre en aquélla a la diligente y eficiente servidora del interés general.

#### V. «HALCONES» Y NO «ÁNGELES» NOS GOBIERNAN: LA ACTUAL NECESIDAD DEL *ADMINISTRATIVE STATE*

James MADISON, en la cita que precede a esta monografía, logró encontrar lo que para nosotros constituye la justificación perfecta para la existencia del Derecho público y administrativo, ya que, a diferencia de quienes quieren ver una Administración regulada por el Derecho privado, presenta la necesidad de aquélla como una exigencia para el funcionamiento del sistema representativo democrático. Es, pues, la realidad misma, la de la naturaleza de los hombres, la que demanda la presencia de controles internos en el ejercicio del gobierno; una misma naturaleza presente en todo el orbe y que, por ende, es parte del sustrato de la vocación de universalidad del Derecho administrativo en cuanto instrumento válido para someter el poder al Derecho.

El pragmatismo americano, reflejado en la máxima de MADISON, no es la plasmación del capricho de unos ilustrados que piden de la Administración, en su búsqueda del servicio al bien común, tomar en cuenta valores adicionales a la eficiencia, sino la comprobación histórica de que la eficiencia, tomada como fin último de la Administración (presente, por supuesto, en el discurso de los «ángeles»), no es sino el mejor ca-

<sup>103</sup> En los Estados Unidos, a los agentes administrativos se les exige seguro contra demandas por responsabilidad en el servicio que prestan, y pagan una prima según sus antecedentes y la actividad que desempeñan.

<sup>104</sup> Una decisión de Cortes inferiores que ha tenido trascendencia en el sistema americano lo constituye la de la Corte Federal de Distrito de Pennsylvania, que en *Harley v. Schuylkill County* (1979) establece que, incluso, hay un deber de desobediencia.

mino conocido hacia los peores ejemplos de tiranía de la historia universal<sup>105</sup>.

Y esto, desgraciadamente, parece comprobarse, una vez más, en este lado del Atlántico, donde la tiranía ya no tiene el rostro atroz del gobernante que viola los derechos políticos e individuales de sus ciudadanos, sino una nueva terrible faz, la de los «halcones», en la cual los grupos de poder, mediante el «préstamo» al gobierno de sus técnicos cualificados, han logrado que las regulaciones del gobierno democrático sirvan, principalmente, a sus intereses particulares, amenazando la legitimidad del sistema democrático de gobierno y creando apatía política entre los ciudadanos, quienes comprueban que, en la protección del interés general, se enfrentan a fuerzas poderosas e imbatibles, que siempre encuentran la forma de maximizar sus propios intereses<sup>106</sup>. La estrecha y benéfica relación entre hombres de negocios y gobierno<sup>107</sup>, una de las peculiaridades del sistema norteamericano de la que tan bien nos hablaba DE TOCQUEVILLE, se ha desfigurado y ha perdido sus contornos para pasar a configurarse en la forma vil que tanto se temía.

La actual crisis económica en la que estamos sumidos tuvo origen en una laxa regulación financiera impulsada por grupos económicos que han capturado, durante un largo tiempo<sup>108</sup>, la Administración norteamericana, mediante funcionarios que, como «caballos de Troya», han ingresado a puestos directivos claves para hacer realidad una agenda regulatoria propia, distinta a la de la tutela del interés general<sup>109</sup>. La actual interrelación global de los mercados ha hecho que el golpe pro-

<sup>105</sup> El espíritu de las tesis de HIPARCO, MACCHIAVELLO y HOBBS, que proponen el sometimiento de la política a la eficiencia técnica, parece que vuelve a cobrar brío mediante las nuevas doctrinas reformistas.

<sup>106</sup> ¿Por qué en Europa la democracia sí sirve para lograr el bienestar del ciudadano de a pie? Ésa es la pregunta que Tony Benn responde en la entrevista que Michael Moore le hiciera, explicando que la verdadera democracia es aquella que empodera al ciudadano y lo hace un partícipe real de las decisiones colectivas; una aspiración negada por el individualismo norteamericano, donde ciudadanos-endeudados no pueden hacer frente a los *lobbies* y grupos de presión que influyen decisivamente en el contenido del interés general.

<sup>107</sup> «... en Estados Unidos haya existido siempre una larva antiformalista y antiburocrática, que rechaza el inmovilismo o *statu quo* propio de la burocracia y busca la ayuda precisa del mundo de los negocios, cuyo líder, el empresario fue, en el fondo, tan realzado por el gran crítico del capitalismo, Schumpeter y todos sus predecesores, más románticos que, como Sombart, le imaginaban como permanente vigilante del sistema». Valentín RODRÍGUEZ, «La reforma administrativa en los Estados Unidos», núms. 100-102 de esta REVISTA, enero-diciembre 1983, pág. 1949.

<sup>108</sup> Barack Obama esgrimió el argumento del cambio contra este *statu quo* del que formaban parte, según él, la propia Hillary Clinton e importantes miembros de su partido político.

<sup>109</sup> Estas prácticas en los EE.UU. son conocidas como el *Revolving Door*, que han tenido especial incidencia durante la Administración Bush, la cual ha recurrido a numerosos hombres de empresa, curiosamente relacionados con los negocios familiares, a los cuales ha conñado puestos claves de decisión dentro de la Administración, con capacidades reales de veto o promoción de estructuras regulatorias.

ducido en uno sus principales actores se haya sentido en todo el orbe y que se hayan generado propuestas de estándares regulatorios que trasciendan las fronteras nacionales<sup>110</sup>.

Sin embargo, no todo está perdido para este gran país y, una vez más, el gigante empieza a despertarse y, de la mano de sus fuerzas básicas, llámense *Non Profit Organizations* u ONGs, incólumes en la sociedad civil, va cobrando conciencia de ciudadanía, y, como visionariamente MONTIEL lo sugería en esta REVISTA<sup>111</sup>, va democratizando, de verdad, una Administración de un sistema presidencialista en el que todavía subsisten rezagos decimonónicos. Ciudadanos como Al Gore, Michael Moore y muchos más se han puesto de pie en las esquinas (léase medios de comunicación masiva) para ejercer ciudadanía y poner al descubierto las desprotecciones gubernamentales del interés general.

No somos gobernados por ángeles, de eso no hay duda, pero tampoco por demonios<sup>112</sup>, sino por personas de carne y hueso que buscan maximizar sus propios intereses, dentro o fuera de la organización pública, como bien lo han dicho BECKER y los de la *School of Public Choice*<sup>113</sup>. La vieja perspectiva weberiana del servidor público, que lo situaba en un plano de superioridad técnica (sistematización) y moral (altruismo), ha sido desdicha por los numerosos casos de disposición discrecional de la protección del interés general bajo el manto del oscurantismo técnico<sup>114</sup> y que encuentran en la eficiencia técnica la perfecta excusa para eludir<sup>115</sup> los límites y controles puestos en garantía del interés general<sup>116</sup>.

<sup>110</sup> En los estudios de Administración pública se usa el término *transgovernmentalism* para definir el gobierno desde redes regulatorias globales que producen estándares mundiales. Los acuerdos de Basilea son un claro ejemplo de este nuevo tipo de gobierno.

<sup>111</sup> «No obstante, se está produciendo de hecho una reforma esencial, y no tan sólo de procedimiento, en la estructura del Estado. En el seno de la nación están surgiendo *poderes concretos*, poderes nuevos y efectivos, que hasta ahora no habían tenido expresión alguna —o solamente muy débil— en la esfera propia de la representación del Poder. Esos poderes concretos se encuentran condensados en las múltiples entidades que representan el afán moderno de sistematizar las energías humanas y la riqueza colectiva; en esas entidades que son grupos de profesión, corporaciones industriales, sindicatos, sociedades económicas, centros de cultura y de vida espiritual, núcleos de acción política y ciudadana; poderes nuevos que dan su fisonomía propia a la nación de hoy y que empiezan a ser vehículos adecuados para las transformaciones indispensables que estamos señalando». Félix MONTIEL, «El ciudadano...», *op. cit.*, pág. 138.

<sup>112</sup> Aunque algunos no estén de acuerdo en esto, señalando abiertamente al vicepresidente Dick Cheney como la antítesis del altruismo que un ángel representa.

<sup>113</sup> Eva DESDENTADO analiza el impacto de esta escuela en *La crisis de identidad del derecho administrativo: Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

<sup>114</sup> Recordemos las tesis de Carmen CHINCHILLA (*La desviación del poder*, Madrid: Civitas, 1999) y Eva DESDENTADO (*Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*, Madrid: Civitas, 1997) respecto a los límites de la revisión judicial sobre decisiones técnicas de la Administración.

<sup>115</sup> «Al pueblo “soberano” en esos días como a un gran señor vanidoso, se le compran bombones como a un niño, se le engaña como a un aldeano ignorante, se le atrae con preben-

Es, pues, en esta necesidad de someter el poder económico y político al Derecho, que llegamos a un punto de confluencia entre el sistema norteamericano y el europeo. La inadecuación estructural del Derecho civil para servir de instrumento de protección al interés general parece haberse comprobado a ambos lados del Atlántico, tal como nos lo mostraron las denuncias de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Oliver W. HOLMES y Louis BRANDEIS. De ahí que tanto el Derecho público y administrativo continental y el *Administrative State* norteamericano parecen ser, pues, una exigencia necesaria para la vigencia plena de los principios que sostienen la democracia, y son ellos mismos los que demandan que la eficiencia administrativa incluya a la política y a los principios garantistas del Derecho público.

James MADISON decía que la gran dificultad en el diseño de un gobierno, que debe ser administrado por hombres sobre hombres, reside en que uno debía primero ser capaz de controlar a los gobernados y, seguidamente, obligarse a controlarse uno mismo. De esto parecen olvidarse aquellos que pregonan que toda reforma administrativa «eficiente» deba concentrarse en el aspecto gerencial de la misma, sosteniendo la vieja dicotomía entre política y administración pregonada hace casi ya un siglo por la ortodoxia norteamericana, y que creíamos superada. Pues bien, ante estas pretensiones, nosotros les respondemos con las mismas preguntas que Dwight WALDO les hiciera en el *Administrative State*: ¿Acaso la eficiencia como fin en sí misma no es un contrasentido? ¿Acaso la eficiencia no es instrumental y debe ser necesariamente medida en términos de otros valores? Ellos no podrán responder estas preguntas pues desnudarán sus contradicciones y la vacuidad de sus argumentos.

---

das como a un viejo zorro, se le asusta como a un pequeño burgués, se le excita como a un histerico, se le hacen proposiciones deshonestas como a una mujer ligera, se le hace creer, en fin, como a un ególatra, que en sus manos está el destino de la nación». Félix MONTIEL, «El ciudadano...», *op. cit.*, pág. 136.

<sup>116</sup> «Que la objetividad de la Administración supone, al menos, independencia respecto de los intereses económicos y sociales en presencia parecería obligado; respecto de ello también hemos de expresar reservas, ni los fenómenos de participación orgánica, ni los fenómenos de auto-administración permiten absolutizar un principio de tan “modesto” alcance». Enrique GARCÍA LLOVET, «Autoridades administrativas...», *op. cit.*, pág. 73.