

LA MORALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ESTADOS UNIDOS: UNA VISIÓN COMPARADA DESDE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ¹
Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)

Cómo citar/Citation

Hernández, J. I. (2021).

La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina.

Revista de Administración Pública, 215, 289-325.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.215.11>

Resumen

La moralidad del derecho administrativo es una propuesta encaminada a facilitar la actividad administrativa racional orientada a la promoción del bien común, como respuesta a las críticas recientes sobre la expansión del Estado administrativo en Estados Unidos. En lugar de dismantelar el Estado administrativo moderno, Sunstein y Vermeule proponen utilizar las ideas de Fuller sobre la «moralidad interna del Derecho», para construir un sistema de principios generales. Esta propuesta conecta con los principios generales del derecho administrativo, ampliamente reconocidos en las leyes de procedimiento administrativo en América Latina, así como en los estándares de buena administración. Por tanto, la moral del derecho administrativo facilita el estudio comparado entre el derecho administrativo moderno en los Estados Unidos y América Latina.

¹ Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha.

Palabras clave

Estado administrativo; moralidad del derecho; principios generales del derecho administrativo; estándares de la buena Administración.

Abstract

The morality of Administrative Law is a proposal aimed to enable a rational administrative action towards the common good, as a reply to the recent critics about the expansion of the administrative state in the United States. Rather than dismantle the modern administrative state, Sunstein and Vermeule propose to use Fuller's ideas about the "inner morality of the Law", to build a system of general principles. This proposal connects with the general principles of Administrative Law, deeply recognized in the administrative procedure laws in America Latina, as well as in the good administration standards. Therefore, the morality of administrative law facilitates the comparative study between the modern Administrative Law in the United States and Latin America.

Keywords

Administrative state; the morality of law; general principles of administrative law; good administration standards.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA MORALIDAD INTERNA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DESDE EL DERECHO COMPARADO: 1. Sobre el concepto de moralidad del derecho en la tesis de Lon Fuller y su proyección al derecho administrativo en Estados Unidos. 2. La moralidad del derecho administrativo en América Latina. III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA MORALIDAD INTERNA EN ESTADOS UNIDOS Y AMÉRICA LATINA: 1. El ámbito de discrecionalidad de las Administraciones públicas en Estados Unidos y América Latina: 1.1. *Breve repaso a la evolución histórica del derecho administrativo en Estados Unidos y en América Latina, desde la sistematización del derecho administrativo.* 1.2. *Administraciones públicas y derecho desde el ámbito de la ley y el ámbito del control jurisdiccional en el estudio comparado del derecho de Estados Unidos y América Latina.* 2. La aplicación práctica de los principios de la moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos y América Latina: 2.1. *Reglas y discrecionalidad.* 2.2. *Consistencia y confianza.* 2.3. *La revisión jurisdiccional de los principios de la moralidad interna del derecho administrativo.* IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA MORALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL EQUILIBRIO ENTRE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LA LIBERTAD GENERAL DEL CIUDADANO.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución del derecho administrativo en Estados Unidos de América luego de la Gran Depresión —con la implementación del *New Deal*— y particularmente, en el presente siglo, ha generado un intenso debate en torno a su racionalidad, o incluso, legalidad. El punto común de las discusiones es el análisis del cúmulo de funciones que las Administraciones públicas (en especial, las así denominadas *agencias*) han venido concentrando, tomando en cuenta la doctrina de la no-delegación de la función legislativa del Congreso, y el ámbito del control judicial sobre las Administraciones públicas a través del llamado margen de deferencia.

Estas discusiones, en fecha reciente, se han centrado en torno a la moralidad interna del derecho administrativo, empleando para ello la expresión de Lon

Fuller. Como se explica en este texto, la moralidad del derecho administrativo se orienta a determinar en qué medida el derecho administrativo está organizado como un sistema jurídico racional bajo los estándares del Estado de derecho (o, con las diferencias del caso, *rule of law*). Esta es la propuesta que formulan los profesores Cass R. Sunstein y Adrian Vermeule en un reciente libro que constituye el centro de este artículo. Así, estos autores han advertido que la moralidad interna es un adecuado instrumento para mejorar la calidad del derecho administrativo sin desmedro de las funciones que deben cumplir las Administraciones públicas².

El presente artículo aborda esta discusión desde el método comparado del derecho administrativo en América Latina, a partir de los planteamientos de Cass R. Sunstein y Adrian Vermeule. Así, existen principios generales en la región que permiten postular la existencia *del derecho administrativo común en América Latina* basado especialmente en la cláusula del Estado social y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que asignan a las Administraciones públicas un *rol transformador*. Con lo cual, las Administraciones públicas —como ha sucedido en Estados Unidos— han venido acumulando un cúmulo importante de funciones que marcan su predominancia sobre el Poder Legislativo, además, con el reconocimiento de márgenes de deferencia por lo que respecta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero a diferencia de Estados Unidos, país en el cual la expansión de las Administraciones públicas no ha estado acompañada de la formación de un complejo sistema de derecho administrativo, en América Latina se ha desarrollado un vasto sistema de derecho administrativo, anclado principalmente en las leyes de procedimiento administrativo que incorporan principios generales que pivotan en torno a los estándares de la buena administración.

Precisamente, este artículo compara los principios de la moralidad propuestos por Sunstein y Vermeule con los principios generales del derecho administrativo común en América Latina, inspirados en los estándares de la buena administración. Esta comparación permite concluir que los principios generales del derecho administrativo común en América Latina se adecúan a los principios de la moralidad, incluso, con mayor contundencia que en Estados Unidos.

Con lo cual, el propósito de este artículo es aplicar el método comparado para analizar la «moralidad interna» del derecho administrativo desde la posición de América Latina y Estados Unidos. A tales efectos, el presente artículo se divide en tres partes. La *primera* expone de manera introductoria el concepto de «moralidad interna del Derecho», su aplicación al derecho administrativo y su conexión con los principios generales del derecho administrativo en América Latina. La *segunda* parte analiza la aplicación concreta de algunos de los principios de la moralidad interna de acuerdo con el planteamiento de Sunstein y Vermeule. La *última* parte formula las conclusiones correspondientes.

² C. Sunstein y A. Vermeule (2020), *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

II. LA MORALIDAD INTERNA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DESDE EL DERECHO COMPARADO

Los modelos de derecho administrativo en Estados Unidos y América Latina han seguido rumbos históricos distintos. Mientras que América Latina recibió tempranamente los principios generales inspirados en el régimen administrativo francés para construir un sistema de derecho administrativo, en Estados Unidos estos principios comenzaron a articularse en el siglo XX como resultado de las políticas públicas del *New Deal*, a través de precedentes jurisprudenciales y, principalmente, la Ley de Procedimiento Administrativo.

Al margen de esta diferencia, hay elementos comunes: las Administraciones públicas en América Latina y Estados Unidos han venido acumulando cada vez mayores tareas durante el siglo XX, conformándose el *moderno Estado administrativo*, esto es, la organización del Estado caracterizada por la primacía de las Administraciones públicas, quienes concentran un cúmulo importante de tareas, en especial, para dictar normas administrativas y ejercer la función jurisdiccional.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho administrativo en Estados Unidos no aparece organizado como un sistema, sino, más bien, como un conjunto heterogéneo de leyes y precedentes, pese a lo cual, las Administraciones públicas acumulan funciones propias del moderno Estado administrativo. Para reformar el contenido sistemático de ese derecho, Sunstein y Vermeule han propuesto emplear la tesis de Lon Fuller de la moralidad interna del derecho y, así, derivar principios de la moralidad que favorezcan a la sistematización del derecho administrativo, de manera similar al rol que cumplen los principios generales en el derecho administrativo de América Latina.

1. SOBRE EL CONCEPTO DE MORALIDAD DEL DERECHO EN LA TESIS DE LON FULLER Y SU PROYECCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ESTADOS UNIDOS

Para poder abordar el concepto de moralidad interna del derecho administrativo, es necesario repasar, brevemente, la tesis de Lon Fuller en torno a la *moralidad interna del Derecho*³. Fuller entiende por *moralidad interna* la aptitud del derecho de ordenar racionalmente la conducta humana a través de principios que aseguran estándares mínimos de la moralidad de mandatos, así como estándares

³ L. Fuller (1964), *The morality of Law. Revised edition*, New Haven: Yale University Press (pág. 33). Existen traducciones al español de esta obra. Véase L. Fuller (2019), *La moral del Derecho*, Santiago: Editorial Olejnk. Es importante aclarar que el concepto de *law* no debe traducirse al español como ley, sino más bien como derecho. Luego, la moralidad del derecho administrativo no debe limitarse solo al estudio de la ley. La diferencia entre *ley* y *derecho* es tratada a lo largo de este artículo.

máximos de la moralidad de aspiración⁴. La moralidad interna permite valorar al derecho frente al cumplimiento de ocho principios generales⁵, que Fuller denomina «principios de legalidad»⁶.

Estos principios son: (i) la generalidad de las normas, esto es, que las normas deben ser generales y abstractas, y no normas *ad hoc*. Además, (ii) las normas deben ser publicadas, lo que exige considerar, adicionalmente, (iii) su claridad, que debe ser una característica propia de la norma, y no un atributo a ser alcanzado por los órganos llamados a su aplicación. Es además necesario considerar (iv) la coherencia entre las normas que conforman el ordenamiento jurídico, evitando de esa manera normas contradictorias. También la claridad exige (v) que las normas sean posibles de cumplir, esto es, que deben evitarse normas que requieran acciones imposibles. (vi) La interdicción de la aplicación retroactiva de la ley es otro de los principios afirmados por Fuller, así como (vii) la estabilidad del ordenamiento jurídico, lo que implica la interdicción de cambios constantes y/o súbitos. Por último, (viii) debe haber congruencia entre el ordenamiento jurídico y los procedimientos llamados a asegurar su correcta interpretación e implementación⁷.

El grado de cumplimiento de estos ocho principios determinará la moralidad del ordenamiento jurídico y, por ende, redundará en su cumplimiento basado en el deber de obediencia, o sea, su eficacia⁸. Por el contrario, la violación de esos principios impactará negativamente tanto en la obediencia al ordenamiento jurídico como en su rol aspiracional. La función de estos principios, por ello, es asegurar la existencia efectiva del ordenamiento jurídico, en especial, en cuanto a

⁴ La base de la obra de Fuller es la distinción entre dos tipos de moral: la moral asociada a mandatos —como *no matarás*— y la moral asociada a la realización plena de la excelencia —que, como tal, no se basa en mandatos o prohibiciones, sino en preceptos orientados a promover la buena vida—. Esta moral puede comprenderse, ilustrativamente, como una escala ascendente, en la cual la base está formada por la moralidad de mandatos, mientras que la cúspide está integrada por la moral de aspiración (1964: 3-32).

⁵ La moralidad interna de la ley comprende la moralidad de mandatos, que Fuller denomina la moralidad básica de la vida social, esto es, los mandatos esenciales a la convivencia social. Pero también abarca preceptos no asociados con mandatos o prohibiciones, sino preceptos afirmativos que promueven la buena vida, mediante la moralidad de aspiración (Fuller, 1964: 33-42).

⁶ Estos principios no prejuzgan sobre el contenido sustantivo de las normas jurídicas, con lo cual ellos pueden regir a diversos sistemas jurídicos, véase Fuller (1964: 153). Esto da pie a una discusión que excede de los límites de este trabajo, cual es valorar la moralidad interna con su moralidad externa, en concreto, con el contenido sustantivo de la ley y su posible contradicción con el derecho natural, lo que marca uno de los puntos de discusión entre Fuller y Hart (1964: 159).

⁷ Fuller (1964: 33-94).

⁸ *Ibid.*: 155-156.

su capacidad de someter la conducta humana a la *gobernanza de la Ley* basada en la racionalidad del individuo para comprender y aplicar ese ordenamiento⁹. Con lo cual, concluye Fuller, toda violación a la moralidad interna del derecho resulta lesiva a la dignidad humana¹⁰.

Es importante insistir que la moralidad interna del derecho no es, para Fuller, un concepto absoluto, sino más bien un parámetro que permite medir el grado de cumplimiento del derecho a los ocho principios comentados. Y aun cuando Fuller sostiene que esos principios pueden aplicarse a cualquier rama del derecho, también admite que hay parcelas del ámbito jurídico que no pueden ajustarse a tales principios, en concreto, el ámbito de discrecionalidad con el cual ha de operar el Gobierno. El ejemplo que coloca Fuller responde a un caso tradicional del derecho administrativo, y sobre el cual volveremos luego: la administración de recursos escasos, como por ejemplo, el espectro radioeléctrico. Para Fuller, el grado de discrecionalidad que la Administración pública tiene en esa función impide la estricta aplicación de los principios de la moralidad¹¹.

Ahora bien, de acuerdo con Sunstein y Vermeule, la aplicación de la tesis de la moralidad interna al derecho administrativo permite examinar, desde una mejor perspectiva, las críticas al llamado moderno Estado administrativo¹², esto, el Estado cuyo poder se concentra, principalmente, en las Administraciones públicas a cargo de la gestión concreta del interés público, quienes concentran a tales efectos un cúmulo importante de tareas¹³. El análisis no se agota en un juicio

⁹ *Ibid.*: 106.

¹⁰ *Ibid.*: 162.

¹¹ Frente a ciertas críticas en torno a la actuación de las Administraciones públicas (o agencias), Fuller observó que la asignación de recursos escasos por la Administración no puede realizarse de manera efectiva dentro de los límites de la moralidad del derecho, visto el grado de discrecionalidad presente (Fuller, 1964: 173).

¹² C. Sunstein y A. Vermeule (2018), «The morality of Administrative Law», *Harvard Law Review*, 131, pág. 1928.

¹³ El Estado administrativo describe la organización del Estado en la cual se asignan tareas específicas a la Administración pública, especialmente a través de leyes aprobadas por el Poder Legislativo. Como Vermeule ha observado, este concepto se basa en la organización del Estado y no prejuzga sobre la intensidad de la actividad llevada a cabo por el Estado administrativo. Véase A. Vermeule (2018), *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge: Harvard University Press, págs. 11-12. Existe una traducción al español, a cargo de Luciano Parejo Alfonso (2018), *La abdicación del Derecho: Del imperio del derecho al estado administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch. Por su parte, el moderno Estado administrativo se caracteriza por la concentración de amplias funciones en las Administraciones públicas, que predominan sobre el Poder Legislativo. Este moderno Estado administrativo es resultado de las transformaciones del Estado hacia la segunda mitad del siglo pasado. Véase W. Dwight (2007), *The administrative state. A study of the political theory of American Public Administration*, New Brunswick: Transaction Publishers, pág. 65. Para una panorámica general de los problemas deri-

categorico sobre el cumplimiento o incumplimiento de esos principios, sino más bien en determinar el *grado* de cumplimiento —o incumplimiento— que puede apreciarse.

Así, para los autores, los principios de Fuller permiten articular una posición intermedia frente a quienes cuestionan la concentración de funciones de las Administraciones públicas como resultado de los cambios derivados del *New Deal*, o sea, el moderno derecho administrativo. Esta propuesta parte de reconocer la *insuficiencia* del derecho administrativo basado solo en precedentes jurisprudenciales que han interpretado la Ley de Procedimiento Administrativo. Frente a las críticas que sostienen la ilegalidad de ese derecho administrativo y del propio moderno Estado administrativo, Sunstein y Vermeule proponen fortalecer el derecho administrativo para adecuarlo a ese moderno Estado, a través de los *principios de la moralidad del derecho administrativo*¹⁴:

El centro de nuestra perspectiva es un conjunto de principios que están diseminados en diversos sistemas jurídicos, tanto así que ellos son usualmente analizados bajo la luz de la justicia natural, el debido proceso natural y otras formulaciones similares. En el sistema americano, ellos son comúnmente referidos —no sin cierta imprecisión— como inherentes a la noción del debido proceso legal, a la tradición o a alguna fuente constitucional imprecisa.

Nosotros denominamos a esos principios la moralidad del Derecho Administrativo. Se presentan diversos ejemplos, pero solo para estimular la intuición, examinaremos principios como estos: las agencias deben seguir sus propias reglas; las normas reglamentarias retroactivas son desfavorables y deben limitarse para prevenir su abuso, y las declaraciones oficiales de las agencias sobre cuestiones de Derecho y de interés general deben ser congruentes con las reglas que las agencias aplican.

También los principios de Fuller han sido empleados para cuestionar, con mayor contundencia, al moderno derecho administrativo en Estados Unidos. De acuerdo con Epstein¹⁵, el moderno derecho administrativo se aparta de la moralidad interna por la ausencia de un sistema consolidado que asegure la efectividad del control judicial, y que, por el contrario, ampara márgenes de actuación inmunes a ese control.

vados del moderno Estado administrativo, desde la democracia constitucional, véase D. Hall (2006), *Administrative law: bureaucracy in a democracy*, New Jersey: Pearson Prentice Hall Legal Series, pág. 105.

¹⁴ Sunstein y Vermeule (2020: 8). Todas las traducciones al texto son libres.

¹⁵ R. Epstein (2020), *The Dubious Morality of Modern Administrative Law*, New York: Rowman & Littlefield, págs. 9-32. Puede verse también, desde una panorámica general, R. Epstein (2014), *The classical liberal constitution*, Cambridge: Harvard University Press, pág. 3.

2. LA MORALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA

Esta aproximación a la moralidad es distinta al enfoque tradicionalmente empleado en América Latina, en el cual la relación entre la moral y el derecho administrativo suele abordarse desde dos perspectivas: (i) el estudio de principios asociados a la buena gestión de asuntos públicos y (ii) la justificación de la actividad administrativa de limitación, tal y como destaca la doctrina española, cuya impronta ha sido notable en América Latina¹⁶. Como se ha resumido desde México, el principio general de moralidad administrativa¹⁷:

[...] también es fundamental en el procedimiento administrativo, porque la conducta de los servidores públicos que lo conducen debe orientarse por criterios de legalidad, lealtad, justicia, imparcialidad, eficiencia, eficacia y honradez.

Empero, la idea de la moralidad interna, de acuerdo con la formulación de Fuller y la propuesta de Sunstein y Vermeule, no es del todo extraña al derecho administrativo de América Latina, pues entronca con el rol que han cumplido los *principios generales*. Como es sabido, la relevancia de estos principios fue tratada inicialmente en Francia, ante la necesidad del Consejo de Estado de darle contenido al exorbitante derecho administrativo, que, como tal, no podía depender de las normas del derecho civil. En ausencia de normas sustantivas del nuevo derecho exorbitante, el Consejo de Estado construyó el derecho administrativo a partir de principios generales¹⁸.

Esta construcción del derecho administrativo francés se proyectó a otros sistemas, en los cuales la formulación de los principios generales permitió asegurar la vinculación de la Administración pública al ordenamiento jurídico, sin necesidad de depender —necesariamente— de normas jurídicas positivas. Tal es el principal aporte de Eduardo García de Enterría en su trabajo sobre *la Ley y los principios generales en el Derecho Administrativo*, en el cual analiza cómo el surgimiento y evolución del derecho administrativo, y su dinamismo asociado a la permanente transformación del Estado, impedían una estricta aplicación de la ley. Para ello, García de Enterría tuvo en cuenta la *desvalorización moral* y

¹⁶ Por todos, véase J. González Pérez (1955), «El método en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 22, pág. 11.

¹⁷ J. Fernández Ruiz (2005), «Panorama general del Derecho Administrativo mexicano», en S. González-Varas Ibáñez (dir.), *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Granada: INAP, pág. 447.

¹⁸ J. Rivero (1951), «Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo contemporáneo francés», *Revista de Administración Pública*, 6. Como afirma Rivero, «pocas construcciones jurídicas en el Derecho positivo contemporáneo presentan afinidad tan clara con la concepción clásica del occidente cristiano, como la teoría de los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Consejo del Estado» (pág. 300).

social de la ley como técnica de gobierno humano, en lo que calificó como la *crisis del positivismo*¹⁹.

Con lo cual, los principios generales —como la interdicción de la arbitrariedad²⁰— coadyuvan a promover la racionalidad del derecho administrativo sin necesidad de depender de regulaciones exhaustivas de la ley —o sea, del acto normativo dictado por el Poder Legislativo—. Los principios generales, por lo tanto, aseguran la positividad del derecho administrativo sin la rigidez del positivismo jurídico.

Esta fue la visión incorporada en América Latina, en especial, en las leyes de procedimiento administrativos, que son mucho más que leyes que regulan la forma de la actividad administrativa. En realidad, y de acuerdo con Jesús González Pérez, esas leyes son, antes que nada, leyes de principios generales²¹, tal y como recientemente ha concluido Allan R. Brewer-Carías²².

Los principios generales, además, facilitan la comprensión del derecho administrativo en la integralidad de todo el ordenamiento jurídico. La férrea distinción entre el derecho civil y el derecho administrativo, que en el ámbito dogmático se ha sostenido en América Latina a partir de la tesis de la exorbitancia del derecho administrativo, en la práctica es atemperada por los principios generales cuya fuente normativa es reconocida por el derecho civil. Además, en cuanto a su formulación, estos principios encuentran analogías importantes con principios generales propios del derecho civil. Delpiazzo ha resumido esta posición, recordando que en Uruguay la recepción de los principios generales encuentra sustento en el Código Civil²³:

[...] los principios generales de Derecho están reconocidos como fuente, tanto en el Derecho privado (respecto a todo «negocio civil», según dice el Código)

¹⁹ E. García de Enterría (1963), «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 40, pág. 198. El trabajo, ampliado, ha sido luego publicado como libro (Madrid: Cuadernos Civitas, 2016).

²⁰ Véase E. García de Enterría (1962), «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 159-208 (posteriormente publicado como libro [Madrid: Cuadernos Civitas, 2004]).

²¹ J. González Pérez (2003), «Principios del procedimiento administrativo en América Latina», en J. Caballero (coord.), *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, vol. 2, Madrid: Civitas, pág. 1507.

²² A. Brewer-Carías (2020), *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, pág. 35.

²³ C. Delpiazzo (2020), *Derecho Administrativo. Volumen I*, Montevideo, pág. 130. Del autor, en similar sentido, véase C. Delpiazzo (2015), «Fuentes del Derecho Administrativo», en J. Rodríguez-Arana y L. Rodríguez (dirs.), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Granada: Comares-INAP, pág. 125.

cuanto en el Derecho público (respecto a los preceptos «que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas», según la norma constitucional).

En todo caso, en América Latina, la fuente normativa de los principios generales de derecho administrativo no representa un problema, ni teórico ni práctico. Desde el punto de vista teórico, y por influencia del derecho francés, se entiende que estos principios forman parte integral del ordenamiento jurídico y, en ausencia de texto legal, pueden incluso derivarse de tal ordenamiento. Pero, en realidad, la profusión de las leyes de procedimientos administrativos en la región ha terminado en la recepción, de una u otra manera, de todos estos principios. Como ha resumido recientemente Allan R. Brewer-Carías²⁴:

El signo más importante de la evolución del Derecho Administrativo en América Latina durante las últimas décadas ha sido el proceso de su codificación, particularmente a través de la sanción de leyes reguladoras del procedimiento administrativo en general. En la actualidad, casi todos los países de la región cuentan con leyes de esta naturaleza, y en todos ellos, el Derecho Administrativo, sin duda, puede siempre dividirse en dos grandes etapas de su evolución, referidas a antes y después de la sanción de dichas leyes.

De allí la distinción entre la ley —en sentido formal, el acto normativo dictado por el Poder Legislativo— y el derecho, o sea, el ordenamiento jurídico que comprende a los principios generales. Tal y como resume Jaime Orlando Santofimio, desde el derecho administrativo colombiano²⁵:

Los principios generales del Derecho resultan básicos en el momento de analizar el subsistema del Derecho Administrativo colombiano. Estos principios, como se admite pacíficamente por la doctrina, pueden o no estar contemplados en norma alguna.

Esto incluso ha sido reconocido en Costa Rica, en tanto el art. 7 de la Ley General de la Administración Pública reconoce el valor normativo supletorio de los principios generales (numeral 1), y que en caso de lagunas legales pueden incluso tener rango de ley²⁶.

Este proceso de formulación y sistematización de principios generales, en América Latina, también se ha visto complementado por el Sistema Interameri-

²⁴ Brewer-Carías (2020: 35).

²⁵ J. Orlando Santofimio (2005), «Panorama general del Derecho Administrativo en Colombia», en S. González-Varas Ibáñez (dir.) (2005: 199).

²⁶ A. Milano (2005), «El Derecho Administrativo Costarricense», en S. González-Varas Ibáñez (dir.) (2005: 284).

cano de Derechos Humanos. Desde el derecho constitucional, se ha observado que este sistema ha permitido consolidar el *ius constitutionale commune* o *derecho constitucional común en América Latina*, enfocado a la promoción del bien común, en especial, a través del reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), que imponen tareas y cargas específicas a las Administraciones públicas, todo lo cual dota a este derecho constitucional de una aspiración transformadora (Von Bogdandy)²⁷. El derecho constitucional común también se proyecta sobre el *Derecho Administrativo Común en América Latina*, reforzando los principios generales del derecho administrativo. De acuerdo con Ernesto Jinesta²⁸:

En definitiva, la armonización del Derecho interno y del interamericano de los Derechos Humanos que se puede lograr mediante los pronunciamientos tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales nacionales y la jurisdicción ordinaria local, nos permite identificar un *ius commune administrativo* interamericano que habrá de ir siendo perfilado y desarrollado paulatinamente.

Dentro de este derecho administrativo común en América Latina, sobresale recientemente la importancia dada a los estándares de la buena administración, sistematizados en la *Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública*, de 2013²⁹. Así, en América Latina se ha observado que la buena administración —reconocida como principio general, y en ocasiones, como derecho público subjetivo— promueve la centralidad del ciudadano a través de estándares que, asegurando el principio de legalidad, al mismo tiempo facilitan el ejercicio de la actividad administrativa orientada a la promoción del bien común. En Chile, Claudio Moraga ha señalado que la buena administración actúa al servicio de la persona, sin perder de vista el interés general, de acuerdo con la ética social, todo lo cual presupone el recto y correcto ejercicio del poder público³⁰. En Venezuela, Rafael Badell acota que la buena administración «es consecuencia de la nueva formulación

²⁷ Entre muchos otros trabajos, y por todos, véase A. Von Bogdandy (2015), «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», *Revista Derecho del Estado*, 34, pág. 3.

²⁸ E. Jinesta (2011), «La construcción de un Derecho Administrativo común interamericana, reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los derechos humanos», *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, 11, 11, pág. 112.

²⁹ En general, véase J. Rodríguez-Arana Muñoz y J. Hernández (coords.) (2017), *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

³⁰ C. Moraga, «Derecho a una buena administración en Chile», en Rodríguez-Arana Muñoz y Hernández (coords.) (2017: 333).

del Derecho Administrativo, que se presenta hoy como un derecho del poder para la libertad»³¹.

Por lo tanto, el derecho administrativo en América Latina está marcado por la relevancia de los principios generales, debido a cuatro razones que conviene repasar³². La *primera* razón es la formación histórica de ese derecho, que, con influencia en el régimen administrativo francés, dio especial importancia a los principios generales sistematizados por doctrina y jurisprudencia. La *segunda* razón es la proliferación de leyes de procedimientos administrativos, las cuales dieron cabida a estos principios. La *tercera* razón es la construcción del «Derecho Administrativo Común» desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La *cuarta* y última razón es el reconocimiento de la buena administración —como principio o, en su caso, como derecho subjetivo— a través de diversos estándares cuyo propósito es asegurar que la Administración pública cumpla efectivamente con la realización práctica de los cometidos estatales en el marco del principio de legalidad, bajo la centralidad del ciudadano y sus derechos humanos.

Con lo cual, los principios generales del derecho administrativo promueven la ordenación racional la conducta humana, todo lo cual exige diferenciar entre el ámbito de la ley y el ámbito de la juridicidad³³. Así, la ley, como acto formal emanado comúnmente del Poder Legislativo, fija los límites de la Administración pública, en especial, mediante la distinción de las áreas que solo la ley puede atender (reserva legal). La juridicidad va más allá, en tanto engloba a los principios generales que resumen elementos fundamentales de la cultura jurídica y permiten integrar la ley al dinamismo de la Administración pública. Como resume Cassagne³⁴, la utilidad de estos principios ha sido realizada por el derecho cons-

³¹ R. Badell (2020), «El derecho a la buena administración», en C. Nikken *et al.* (coords.), *Libro homenaje a Allan R. Brewer-Carías*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pág. 221.

³² Como concluye A. Brewer-Carías, «una característica general de estas leyes de procedimiento administrativo en América Latina, es la enumeración en el propio texto de las leyes, del conjunto de principios generales sobre los mismos, los cuales, como consecuencia de ello, ya no se tuvieron que deducir de la interpretación judicial, permitiendo así al juez contencioso administrativo o de control de la actividad administrativa, tener más precisas herramientas de control sobre la actuación administrativa». Véase A. Brewer-Carías (2016), *Principios del procedimiento administrativo. Estudio de Derecho Comparado*, Santo Domingo: Editorial Jurídica Venezolana Internacional, pág. 78.

³³ Véase, como referencia general, a J. Santamaría Pastor (coord.) (2010), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley. En especial, en esa obra, véase M. Sánchez Morón, «Legalidad y sometimiento la Ley y al Derecho» (pág. 55).

³⁴ J. Cassagne (2016), *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Reus: Madrid, págs. 33 y 72 y ss. Esto demuestra la conexión entre los principios generales del derecho administrativo y el derecho natural. Véase J. Cassagne (2005), «El Derecho Administrativo Argentino», en S. González-Varas Ibáñez (dir.) (2005: 38). Asimismo, véase J. Cassagne (1988), *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 41.

titucional común, que, centrado en la promoción de los derechos y la dignidad humanos, supone una evolución —que Cassagne incluso califica de huida— del positivismo, en el sentido que procura que la ley sea guiada por *reglas y principios morales*, asumidos como *reglas de razonabilidad*.

Esta última reflexión de Cassagne permite trazar el paralelismo entre los principios de la moralidad del derecho administrativo y los principios generales del derecho administrativo. En ambos casos nos encontramos frente a principios que derivan de la tradición jurídica, como el debido proceso, todo lo cual propende a asegurar la racionalidad de la actividad administrativa sin necesidad de adoptar un exhaustivo sistema de controles legales que enerven la discrecionalidad administrativa. Los principios generales, en suma, como los principios de la moralidad, y citando a Sunstein y Vermeule, tienen el potencial de habilitar la actividad administrativa orientada al bien común, al mismo tiempo que facilitan la implementación efectiva de los valores del Estado de derecho³⁵.

En resumen, aun cuando en América Latina la moralidad es entendida en el sentido de moralidad externa —a partir de la separación entre moral y derecho—, la idea de la moralidad interna no es del todo ajena, en tanto encuentra un paralelismo con los principios generales del derecho administrativo y los estándares de la buena administración, en especial, en el marco del derecho constitucional común en la región.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA MORALIDAD INTERNA EN ESTADOS UNIDOS Y AMÉRICA LATINA

La sección anterior explicó el marco teórico dentro del cual la tesis de la moralidad interna del derecho de Lon Fuller ha sido aplicada al derecho administrativo en Estados Unidos. Aun cuando la tesis de Fuller no es conocida en el derecho administrativo en América Latina, guarda importantes conexiones con la figura de los principios generales y los estándares de la buena administración sistematizados en las leyes de procedimiento administrativo. Más allá de la diferencia entre esos modelos de derecho administrativo, hay puntos en común derivados de las tensiones existentes en la relación entre la Administración y el derecho, todo lo cual realza la relevancia de los principios generales.

Partiendo de estas consideraciones generales, la presente sección aborda la relación entre Administración y derecho desde el análisis comparado de los principios de la moralidad en Estados Unidos y los principios generales del derecho en América Latina.

³⁵ C. Sunstein y A. Vermeule (2020: 18).

1. EL ÁMBITO DE DISCRECIONALIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ESTADOS UNIDOS Y AMÉRICA LATINA

Una de las aplicaciones prácticas de los principios de la moralidad y los principios generales reside en el reconocimiento de potestades discrecionales que otorgan un ámbito de actuación propio de las Administraciones públicas frente al derecho. El resultado práctico de lo anterior es la reducción del ámbito de la ley sobre las Administraciones públicas, lo que genera riesgos para el ejercicio arbitrario de la actividad administrativa. De allí la pertinencia de la propuesta de los principios de la moralidad, pues estos —como sucede con los principios generales— previenen la arbitrariedad de la Administración, pero sin negar la necesidad del ámbito propio de actuación³⁶.

1.1. Breve repaso a la evolución histórica del derecho administrativo en Estados Unidos y en América Latina, desde la sistematización del derecho administrativo

Para poder comprender mejor la propuesta de Sunstein y Vermeule, y avanzar en el análisis comparado de la moralidad del derecho administrativo en América Latina, es preciso ahondar en la diferencia entre ambos modelos desde la perspectiva de la sistematización del derecho administrativo. Esa diferencia responde, en nuestra opinión, a un dato histórico.

En Estados Unidos, como recuerda Epstein, el moderno derecho administrativo es resultado de las políticas públicas del *New Deal*, que llevaron a reconocer, por ley, amplias funciones a las agencias administrativas³⁷. Lo peculiar es que el reconocimiento de esas funciones se dio en ausencia de un sistema especial de derecho administrativo. En efecto, desde el siglo XIX el Congreso ha creado Administraciones públicas o agencias a cargo de tareas específicas, incluso con cierto grado de independencia frente al Poder Ejecutivo. A inicios del siglo XX un

³⁶ Lo que aquí se denomina ámbito propio de actuación describe la vinculación de la Administración a la ley, en la cual esta no predetermina el contenido de la actividad administrativa, la cual puede valorar el interés general para adoptar diversas decisiones, todas ellas válidas. Aun cuando en el texto se alude a la potestad discrecional como típica manifestación de ese ámbito propio, lo cierto es que también hay otros supuestos en los cuales este ámbito se reconoce, en mayor o medida. Tal es el caso de los conceptos jurídicos indeterminados y la actividad prestacional. En el primer caso, la indeterminación de los conceptos empleada en la ley, comúnmente de naturaleza técnica, otorga a la Administración cierto grado de apreciación del interés general. Por su parte, la vinculación de la actividad administrativa prestacional a la ley se rige por la vinculación negativa, en el sentido de que tal actividad puede ser realizada para promover el bien común, aun cuando no exista una expresa habilitación legal (como sí se exige en la actividad administrativa de limitación).

³⁷ Epstein (2020: 2-4).

sector de la doctrina debatió sobre si esas agencias debían quedar reguladas por reglas especiales inspiradas en el derecho administrativo de Alemania, posición que finalmente fue descartada. Con lo cual, el surgimiento del moderno Estado administrativo tuvo lugar dentro del *common law*, o sea, en ausencia de un sistema especial de derecho administrativo, todo lo cual explica la tardía aparición de textos dogmáticos en la materia³⁸.

La Corte Suprema, en el caso *Crowell v. Benson*, de 1932, estableció un conjunto de reglas —generales, por lo demás— llamadas a diferenciar el *common law* del naciente derecho administrativo, plasmado en las leyes de creación de las agencias³⁹. En todo caso, la consolidación de estas reglas especiales se daría en 1946, con la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativos (*Administrative Procedure Act*)⁴⁰. Esta ley fue consecuencia de la expansión de las actividades a cargo de las Administraciones públicas —en el llamado moderno derecho administrativo— luego del *New Deal*, en especial, a partir de 1935. Para prevenir la arbitrariedad de ese moderno derecho administrativo, y apalancar su racionalidad, la ley estableció reglas generales no solo relacionadas con el procedimiento administrativo para dictar reglamentos y actos administrativos individuales, sino también, en cuanto a la revisión judicial de la actividad —e inactividad— administrativa. Por ello, no se exagera al decir que la Ley de Procedimiento Adminis-

³⁸ En 1887 es creada la primera agencia, la Comisión de Comercio Interestatal (ICC). Para su concepto y orígenes, véase R. Cushman (1941), *The independent regulatory commissions, 1889-1969*, Oxford: Oxford University Press. El autor analiza los antecedentes de la ICC (págs. 37-130), así como las agencias creadas con ocasión del *New Deal* (págs. 327-415). De especial interés es el análisis del marco constitucional aplicable (págs. 417-479). En general, véase R. Murphy y Ch. Koch (2010), *Administrative Law and Practice*, Eagan: Thomson West, pág. 9. Por ello, el surgimiento de la doctrina del derecho administrativo es más bien tardía. Así, el primer texto conocido de derecho administrativo en Estados Unidos fue publicado en 1905 —véase F. Goodnow (1905), *Principles of the Administrative Law of the United States*, New York: G. P. Putnam's Sons—, y el primer libro de casos fue publicado en 1911. Véase E. Freund (1911), *Cases and Administrative Law*, St. Paul: West Publishing Company). El desarrollo teórico de la disciplina se considera iniciado con el libro de W. Gellhorn (1940), *Administrative Law. Cases and Comment*, Brooklyn: The Foundation Press. Véase en especial a D. Ernst (2014), *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford: Oxford University Press, págs. 1-9, con el análisis de las propuestas de Freund (a favor de la aplicación del *common law*) y Frankfurter (a favor de la aplicación de los principios del derecho administrativo alemán). En español, véase el trabajo de A. Moreno Molina (1995), *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.

³⁹ *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22 (1932), véase Vermeule (2018: 24). La Corte Suprema, al fijar estas reglas, reconoció que la determinación de hechos por los agencias —cumpliendo formalidades propias del debido proceso— no es una invasión inconstitucional de áreas del Poder Judicial.

⁴⁰ R. Epstein (2020: 3-4). En general, véase R. Murphy y Ch. Koch (2010: 2).

trativo es la piedra fundacional del moderno derecho administrativo en Estados Unidos.

Así, este rol de la Ley de Procedimiento Administrativo fue resumido por la Corte Suprema de Justicia en el caso *Wong Yang Sung v. McGrath*, de 1950⁴¹:

Por tanto, la Ley refleja un largo período de estudio y lucha; resuelve contiendas prolongadas y duramente reñidas, y desarrolla una fórmula sobre la que se han asentado fuerzas sociales y políticas opuestas. Contiene muchos compromisos y generalidades y, sin duda, algunas ambigüedades.

La experiencia puede revelar defectos. Pero sería un flaco favor a nuestra forma de gobierno y al procedimiento administrativo, si los tribunales no cumplieran, en la medida en que lo justifican los términos de la Ley, en dar efecto a sus propósitos de remedios.

Para Sunstein y Vermeule, la teoría de la moralidad interna refleja la aspiración a la cual hace referencia el caso *Wong Yang Sung*, bajo la cual la Ley de Procedimiento Administrativo debe procurar el equilibrio entre las posiciones adversas que se plasmaron luego del *New Deal*. Para ello, proponen tomar en cuenta este *propósito* de la ley, y no solo su contenido literal. Esto plantea, sin embargo, un problema práctico, pues no todos los principios de la moralidad encuentran recepción clara en el contenido literal de la ley —aun cuando sí son consistentes con su propósito final—. A ello se le agrega que la Corte Suprema en el caso *Vermont Yankee*, de 1976, pareció darle mayor peso a la interpretación textual de la ley que a la interpretación basada en sus propósitos⁴².

La situación histórica en América Latina, y salvando el análisis de cada modelo en particular, es justamente la contraria: primero surgió el derecho administrativo, como un derecho especial, y luego surgió el moderno Estado administrativo, que, en la región, se corresponde con la transformación del Estado liberal en Estado social y el surgimiento de la Administración prestacional, principalmente, a mediados del siglo pasado⁴³.

⁴¹ *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950), pág. 339.

⁴² La diferencia, sutil por lo demás, entre el *texto* de la ley y su *propósito*, es tomada en cuenta por los autores para reflejar los conflictos en cuanto a la base legal de los principios de la moralidad interna, pues no todos ellos tienen cobertura expresa en esa ley. El caso *Wong Yang Sung* alude a los «propósitos» de la ley, y no solo a su texto. Esta referencia fue, sin embargo, suprimida en el caso *Vermont Yankee*, en el que la Corte invocó ese antecedente para fijar límites al control judicial, pero sin alusión a los «propósitos» de la ley. Véase *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC*, 435 U.S. 519 (1978), de 27 de noviembre, pág. 425. Véase el análisis en Sunstein y Vermeule (2020: 9-10).

⁴³ En América Latina, la Administración pública prestacional es resultado de la transformación del constitucionalismo, que bajo la cláusula del Estado social, reconoció derechos sociales o derechos prestacionales. Desde la Constitución de Querétaro, en 1917, esta transformación constitucional se proyectó en la ampliación de la intervención administrativa en el

De esa manera, cuando las Administraciones públicas expandieron su actividad como resultado del advenimiento del Estado social, hacia mediados del siglo XX, el derecho administrativo en América Latina estaba —en términos generales— bastante formado, como un sistema de principios y reglas inspirados en el *régimen administrativo*, lo que permitió incorporar los aportes de la doctrina y la jurisprudencia comparadas, en especial, en Francia⁴⁴, luego recogidos en las leyes de procedimiento, que como resume Brewer-Carías, conforman un verdadero derecho administrativo común en la región⁴⁵.

Este dato histórico permite apreciar la diferencia entre el derecho administrativo de Estados Unidos y de América Latina, a partir de la sistematización de ese derecho. A estos efectos, entendemos por sistema de derecho administrativo, la ordenación dogmática de las instituciones que rigen a la Administración pública, en especial, respecto de sus relaciones con los ciudadanos, mediante reglas y principios propios y diferenciados del derecho civil (sin perjuicio de su aplicación supletoria al derecho administrativo)⁴⁶. El derecho administrativo en América Latina aparece estructurado como un sistema concentrado de reglas y principios, hilvanados por la dogmática jurídica, muy en especial, a partir de las leyes de procedimientos administrativos⁴⁷. Pero en Estados Unidos, como se ha observado, esta sistematización es tarea compleja, vista la poca densidad normativa de las leyes administrativas y la dependencia a los precedentes jurisprudenciales, siempre atados a casos concretos⁴⁸.

orden socioeconómico, en un movimiento que, en rasgos generales, aparece consolidado a mediados del pasado siglo. En general, véase a R. Gargarella (2013), *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford: Oxford University Press, pág. 140.

⁴⁴ Para una aproximación histórica del derecho administrativo desde el punto de vista comparado, véase A. Montaña Plata y A. Matilla Correa (coords.) (2016), *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Jorge Fernández Ruiz*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Véase también L. Rodríguez (2016), «La explicación histórica del Derecho Administrativo», en M. López Olvera y D. Cienfuegos (eds.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*, Ciudad de México: Universidad Autónoma Nacional de México, pág. 293.

⁴⁵ Brewer-Carías (2020: 77).

⁴⁶ Por ejemplo, véase E. Schmidt-Assmann (2003), *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons-INAP.

⁴⁷ Como se ha observado, la «complejidad del Estado, en cuanto a la actividad que desarrolla, permite ser sistematizada a través del procedimiento administrativo. Esta sistematización, de por sí, configura un avance en el desarrollo del derecho administrativo». P. Aberastury y H. Blanke (2011), «Introducción», en P. Aberastury y H. Blanke (coords.), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Buenos Aires: Eudeba-Konrad Adenauer Stiftung, pág. 11.

⁴⁸ J. Bell (2020), *The Anatomy of Administrative Law*, London: Bloomsbury Publishing, pág. 252. La anatomía del derecho administrativo en Estados Unidos, propuesta por Bell, pone

De allí la utilidad de la propuesta de Sunstein y Vermeule, en Estados Unidos, en tanto los principios de la moralidad pueden contribuir a dar contenido sistemático a ese derecho administrativo. Pero ello plantea un problema no resuelto: los principios de la moralidad son difíciles de ubicar en la Ley de Procedimiento Administrativo, todo lo cual podría justificar darle mayor relevancia al «propósito» de esa ley, como se sostuvo en *Wong Yang Sung*, y no tanto al análisis literal, como parece haberse afirmado en *Vermont Yankee*⁴⁹. Este no es un problema práctico en el derecho común de América Latina, pues, como vimos, no solo se admite la aplicación de los principios generales más allá de su recepción positiva en la ley, sino, además, por cuanto las leyes de procedimiento administrativo han recogido, de manera sistemática, muchos de esos principios⁵⁰.

1.2. *Administraciones públicas y derecho desde el ámbito de la ley y el ámbito del control jurisdiccional en el estudio comparado del derecho de Estados Unidos y América Latina*

La distinta evolución histórica del derecho administrativo en Estados Unidos y América Latina, y las diferencias en torno a la sistematización de ese derecho, no impide considerar la convergencia de temas en cuanto a la relación entre Administraciones públicas y derecho desde dos dimensiones, a saber, el ámbito de la ley y el ámbito del control jurisdiccional. Como explicamos, estas dos dimensiones pueden estudiarse desde el paralelismo entre los principios de la moralidad y los principios generales.

En Estados Unidos, el surgimiento del moderno Estado administrativo, luego del *New Deal*, se caracterizó por ampliar cuantitativamente las técnicas de intervención administrativa de las agencias, partiendo del modelo de organización que había sido formado en el siglo XIX. Así, y siguiendo a Vermeule, lo moderno del Estado administrativo no es el reconocimiento de funciones administrativas a cargo de las agencias, pues incluso antes del *New Deal*, el Estado administrativo se había basado en el reconocimiento de la actividad administrativa ubicada en el Poder Ejecutivo y no en el Poder Legislativo⁵¹. El dato distintivo del moderno derecho administrativo es la intensidad de las funciones reconocidas a la Admi-

al descubierto un complejo ordenamiento que dificulta la identificación de un concepto organizacional, o sea, de un concepto que pueda abarcar sistemáticamente a todo el derecho administrativo.

⁴⁹ Sunstein y Vermeule (2020: 9).

⁵⁰ Como explica C. Moraga desde Chile, los principios generales son «ideas matrices o propiedades normativas destinadas a integrar regulativamente —que no de manera simplemente explicativa ni supletoria— las actuaciones que se llevarán a cabo en y para la sustanciación del procedimiento». Véase C. Moraga (2011), «Procedimiento administrativo chileno», en P. Aberastury y H. Blanke (coords.) (pág. 362).

⁵¹ A. Vermeule (2018: 36).

nistración. Frente a ello, se cuestiona que el *moderno Estado administrativo* no ha estado acompañado de la construcción del *moderno derecho administrativo* como un sistema efectivo de control de las Administraciones públicas⁵².

Con lo cual, la propia existencia del moderno Estado administrativo ha sido objeto de críticas, en especial, al considerarse que él es resultado de la violación del principio de no-delegación, conforme al cual el Congreso no puede delegar la función legislativa en las Administraciones públicas. En 1935, la Corte Suprema de Justicia consideró que el amplio reconocimiento por Ley de funciones a cargo de las agencias, en el marco del *New Deal*, implicaba la inconstitucional delegación de la función legislativa en el Poder Ejecutivo⁵³. Sin embargo, en 1937 la Corte avaló la constitucionalidad de leyes que confieren —o delegan— amplias funciones al Poder Ejecutivo⁵⁴. En la práctica, el principio de no-delegación ha quedado circunscrito a casos —excepcionales, por lo demás— en los cuales la ley confiere funciones al Poder Ejecutivo de manera indeterminada, ilimitada o ambigua⁵⁵. Con lo cual, en realidad, el centro de interés no es la delegación de la función legislativa, sino los límites del ejercicio de esa función, todo lo cual ha generado críticas en cuanto al ámbito de dominio efectivo de la ley sobre las Administraciones públicas⁵⁶.

⁵² Con lo cual, como reconoce R. Epstein (2020: 9), antes que desmontar el Estado administrativo moderno, la crítica apunta hacia el contenido del derecho administrativo moderno.

⁵³ Véase *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), de 27 de mayo. En las págs. 294 y 295 se afirma que el Congreso no puede delegar la función legislativa en la Presidencia, permitiendo a esta ejercer un poder discrecional ilimitado para dictar normas. Luego, en la pág. 295, se concluyó que la delegación para dictar normas administrativas fue realizada *prácticamente sin restricciones*, lo que implicó la *delegación inconstitucional del poder legislativo*. Pocos meses antes, el 7 de enero, la Corte había resumido el alcance del principio de no-delegación, al señalar que el Congreso no puede abdicar o transferir las funciones legislativas esenciales. Pero ello no impide al Congreso actuar con flexibilidad, permitiendo la «elaboración de reglas subordinadas». Véase *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935), pág. 293.

⁵⁴ Véase *NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), de 10 de febrero. La sentencia versó sobre la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935 (the *National Labor Relations Act*), que encomendó a la Junta Nacional de Relaciones Laborales diversas funciones. La decisión no realizó un análisis detallado en torno al principio de no-delegación, sino que más bien interpretó el alcance de las competencias nacionales —o federales— bajo la cláusula de comercio

⁵⁵ S. Breyer *et al.* (2011), *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, text and cases*, New York: Wolter Kluwer Law & Business, pág. 64.

⁵⁶ Al concluirse que la atribución de diversas funciones a las Administraciones Públicas no contradice el principio de no-delegación, un sector ha cuestionado la ausencia de vinculación de la Administración a la ley. P. Hamburger (2014), *Is Administrative Law Unlawful?* Chicago: University of Chicago Press, págs. 377 y ss. En contra, se ha observado que, de conformidad con el principio de no-delegación, la ley ha cedido racionalmente espacio a favor del moderno Estado administrativo (véase Vermeule, 2018: 36).

Al admitirse que la ley puede encomendar tareas diversas a las Administraciones públicas, la atención se llevó al ámbito de la revisión judicial, materia tratada en la Ley de Procedimiento Administrativo. De allí que esa ley es valorada como un punto de equilibrio entre el reconocimiento de esas complejas tareas y la necesidad de procurar adecuados controles que prevengan la arbitrariedad, incluso, a través del control judicial. Así, la Sección 706 de esa ley regula los estándares de revisión (*standards of review*), a través de los cuales la actividad administrativa puede ser controlada por el Poder Judicial, tanto por cuestiones de derecho como de hecho, incluyendo casos de actos considerados arbitrarios, caprichosos, resultado del abuso de discreción o que resulten violatorios a la Ley⁵⁷.

La jurisprudencia ha interpretado esas reglas a partir del reconocimiento del margen de deferencia de la Administración pública. La piedra angular es el caso *Chevron* —el más citado en el derecho de Estados Unidos⁵⁸—. En apretada síntesis, la sentencia *Chevron* establece que el control judicial sobre cuestiones de derecho debe basarse en dos pasos, a los fines de interpretar la asignación, por ley, de competencias a la Administración pública⁵⁹. El primer paso es determinar si la competencia asignada a la Administración pública fue regulada de manera clara y directa en la ley, pues en tal supuesto, el control judicial se orienta a interpretar la ley y contrastar la interpretación asumida por la Administración. El segundo paso aplica en casos de competencias asignadas de manera ambigua. Aquí, las cortes no pueden imponer su propia visión, sino que, por el contrario, deben determinar si la interpretación asumida por la Administración es *permissible*⁶⁰. Este criterio ha sido concretado al señalarse que la interpretación de los reglamentos administrativos, igualmente, debe presumirse válida —salvo cuando resulte evidentemente errónea o inconsistente con esa regulación, en lo que se conoce como la deferen-

⁵⁷ Véase R. Pierce (2010), *Administrative Law Treatise, Volumen II*, Austin: Wolters Kluwer, págs. 975 y ss., y vol. III, págs. 1565 y ss.

⁵⁸ *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984), de 25 de junio de 1984. En general, véase Breyer *et al.* (2011: 287).

⁵⁹ Este criterio aplica, como principio, al ejercicio de competencias normativas de la Administración pública, lo que lleva a considerar un paso previo, esto es, determinar si la ley ha asignado a la Administración ejercicio de potestades normativas. Con lo cual, decisiones administrativas que no responden a esa asignación de competencias no se rigen por los dos pasos definidos en *Chevron*, en lo que se conoce como el paso cero. Véase C. Sunstein (2006), «*Chevron Step Zero*», *Virginia Law Review*, 2-92, pág. 187.

⁶⁰ Citando el caso *Morton v. Ruiz*, 415 U. S. 199, 415 U. S. 231 (1974), la Corte concluyó que el poder de una agencia administrativa para gestionar las competencias y tareas asignadas por ley requiere llenar los vacíos, implícitos o explícitos, dejados por la ley, la cual puede —en consecuencia— delegar en la Administración pública ciertas decisiones, en especial, a través de la potestad reglamentaria. En tal caso —concluyó la Corte— «un tribunal no puede sustituir su propia interpretación de una disposición legal por una interpretación razonable hecha por el administrador de una agencia» (pág. 467).

cia *Auer*⁶¹—. En la revisión de cuestiones de hecho, por el contrario, no se reconoce deferencia alguna (especialmente, desde el caso *State Farm*)⁶².

Epstein critica esta interpretación jurisprudencial, al considerar que los criterios de deferencia establecidos en *Chevron* no se desprenden de la Sección 706 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que, por el contrario, reconoce al Poder Judicial el control judicial pleno sobre la actividad administrativa, no solo en cuestiones de derecho sino también de hecho. Por ello, el criterio *Chevron* —y tanto más, criterios como el mantenido en *Auer*— han sido objetados, al señalarse que propenden a la arbitrariedad de la Administración pública⁶³. Sunstein y Vermeule utilizan la tesis de la moralidad interna de Fuller, precisamente, para paliar las posibles fallas de este sistema de deferencia judicial, reconociendo que los principios de la moralidad pueden brindar garantías suplementarias para la salvaguarda del Estado de Estado⁶⁴.

En América Latina —debido a la influencia del modelo francés de derecho administrativo, y en especial, del derecho administrativo español— el interés no se ha centrado tanto en las restricciones a la delegación de la función legislativa, sino en la formulación del principio de legalidad, y su corolario, la reserva legal. El principio de legalidad postula la vinculación de la Administración pública a la ley, según se trate de la vinculación negativa —para la actividad prestacional— o de la vinculación positiva —para la actividad de limitación—. Por su parte, la reserva legal determina la existencia de materias que únicamente pueden ser reguladas por la ley, como en especial sucede con la restricción de derechos públicos subjetivos, en especial, en la actividad de limitación⁶⁵. A partir de la construcción teórica de la reserva legal, se ha concluido que la ley no puede encomendar a

⁶¹ *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997), de 19 de febrero, pág. 461, citando el caso *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U. S. 410, 414 (1945).

⁶² El control judicial ha sido considerado como pleno (*hard look*) en la revisión de los fundamentos de hecho del acto administrativo, especialmente, desde la perspectiva del procedimiento administrativo. Véase Breyer *et al.* (2011: 386). Por ello, se reconoce que el poder judicial puede revisar y anular actos que no se apoyen en la evidencia recabada en el procedimiento administrativo (*Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB*, 522 U.S. 359 (1998), de 26 de enero, pág. 380). En especial, el estándar de arbitrariedad ha sido aplicado en casos en los cuales la Administración se ha basado en hechos distintos a aquellos que ha debido considerar, o cuando ha obviado hechos relevantes, adoptando una decisión que carece de respaldo en los hechos. En tales casos, el poder judicial no puede suplir esas deficiencias. Véase *Motor Veh. Mfrs. Ass'n v. State Farm Ins.*, 463 U.S. 29 (1983), de 24 de junio, pág. 463

⁶³ R. Epstein (2020: 85). Recientemente, Sunstein ha negado que el criterio *Chevron* sea contrario a la Ley de Procedimiento Administrativo. Véase C. Sunstein (2020), *Is Chevron Inconsistent with the APA?* (4 de diciembre de 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3742429>

⁶⁴ Sunstein y Vermeule (2020: 135).

⁶⁵ Brewer-Carías (2016: 279).

la Administración pública la restricción de derechos públicos subjetivos sin una cobertura legal mínima adecuada, quedando proscrita las remisiones amplias e indeterminadas, conocidas como «cheques en blanco» o, en su caso, «deslegalizaciones». Estos límites han sido especialmente tratados respecto de la potestad reglamentaria, que siempre ha de quedar subordinada a la ley⁶⁶.

En todo caso, en América Latina, de manera tradicional, el derecho administrativo fue concebido como un *derecho del poder*, con un lenguaje que propende a la vocación expansiva del interés público, mediante prerrogativas exorbitantes⁶⁷. La influencia del derecho administrativo francés contribuyó a que el derecho administrativo en América Latina, en especial hacia mediados del siglo pasado, apareciese centrado en el reconocimiento de privilegios y prerrogativas que reducían la calidad de la vinculación de la Administración pública a la ley, y marcaban la primacía del poder frente a la libertad.

Los procesos de democratización en la región propendieron a variar esta percepción, a través de un proceso de constitucionalización del derecho administrativo, esto es, de reconocimiento del carácter vinculante de los derechos humanos y los principios de la democracia constitucional, en especial, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁶⁸. El reconocimiento de los estándares de la buena administración, precisamente, responde a ese cambio, en tanto ellos parten de la centralidad del ciudadano —y no ya de la centralidad del poder— todo lo cual pasa por atemperar el lenguaje del derecho administrativo basado en la definición unilateral —y en ocasiones, autoritaria— del interés general⁶⁹.

El reconocimiento de los estándares de la buena administración, y la transición del *derecho administrativo del poder* al *derecho administrativo centrado en los ciudadanos*, ha coadyuvado a incrementar la calidad de la vinculación de las Administraciones públicas a la ley, incluso por lo que respecta a las potestades discrecionales⁷⁰. No se trata, se advierte, de negar la pertinencia de este ámbito de

⁶⁶ Por ejemplo, para el caso de Perú, véase J. Danós Ordóñez (2007), «El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano», en *VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VII Jornadas de Derecho Administrativo y Constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 207.

⁶⁷ Véase el clásico trabajo de H. Escola (1989), *El interés público*, Buenos Aires: Depalma, pág. 14.

⁶⁸ El control jurisdiccional sobre las Administraciones públicas debe basarse en la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluso, de manera preferente al ordenamiento jurídico doméstico. Este control de convencionalidad ha coadyuvado a la construcción del derecho administrativo común en América Latina. Véase, en especial, A. Brewer-Carías (2017), «Derecho Administrativo y Control de la Convencionalidad», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 67, 268, pág. 108.

⁶⁹ Una reflexión crítica puede verse en N. Bonina y N. Diana (2012), *La deconstrucción del Derecho administrativo*, México: Editorial Novum, pág. 203.

⁷⁰ Entre otros, véase J. Cassagne (2009), «La discrecionalidad administrativa», *Foro Jurídico*, 9, pág. 82.

actuación discrecional, sino de apelar a principios generales de la buena administración para asegurar su ejercicio racional⁷¹.

Empero, todavía perviven algunas instituciones que responden más a la concepción del derecho administrativo centrado en el poder con un control de legalidad reducido. Nos referimos al principio de *presunción de legalidad del acto administrativo*, cuya aplicación práctica puede conducir al reconocimiento de un margen de deferencia a la Administración, incluso más allá del ejercicio de potestades discrecionales. Este principio postula que los actos administrativos deben presumirse válidos, salvo que la invalidez sea debidamente acreditada —lo que, en un sentido amplio, podría trasladarse incluso a definir la carga probatoria⁷²—. Esta interpretación ha sido cuestionada, al señalarse que la presunción de validez es una construcción teórica que justifica la potestad de autotutela ejecutiva, pero no una regla procesal de relevancia para el control jurisdiccional. Con lo cual, los límites a ese control deberían quedar enmarcados en la teoría general de la discrecionalidad. La posición predominante, sin embargo, es asignar al acto administrativo una presunción general de validez, que tiende a invertir la carga de la prueba y, en la práctica, otorga a la Administración pública una posición de primacía, más allá del margen de deferencia derivado del ejercicio de la potestad discrecional. Esta conclusión afecta la moralidad del derecho administrativo, pues reduce la calidad normativa de la ley, propendiendo a decisiones casuísticas amparadas en esta presunción⁷³.

⁷¹ La doctrina española ha sido muy influyente en este punto. Véase J. Ponce Solé (2016), «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, pág. 57.

⁷² Por ejemplo, en Argentina, el art. 12 de la Ley de Procedimiento administrativo dispone «el acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios —a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial— e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario».

⁷³ Desde la formulación tradicional, véase A. Esquivel (2008), «Reflexiones sobre la presunción de legalidad del acto administrativo en el Derecho mexicano», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58, 250, pág. 233. Asimismo, en Colombia, el Consejo de Estado ha concluido que los actos administrativos «se encuentran amparados por la presunción de legalidad derivada del sometimiento coercitivo de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico, propio de los Estados Sociales de Derecho y, por lo mismo, su control judicial se encuentra sujeto a una carga procesal de alegación por parte de quien pretenda desvirtuar la presunción, demarcando de esa forma tanto el terreno de defensa para el demandado como el ámbito de análisis para el juez y el alcance de su decisión» (Sentencia 2009-00056 del 7 de noviembre 2012). Lo cierto es que la presunción de validez no debe traducirse en efectos procesales relacionados con la inversión de la carga de la prueba y el reconocimiento de un margen de deferencia más allá del ejercicio de potestades discrecionales. Véase A. Durán Martínez (2007), «La presunción de legitimidad del acto

Este análisis comparado, en resumen, permite demostrar que los principios de la moralidad aportan una nueva visión que favorece el ejercicio racional de la potestad discrecional de la Administración, como un ámbito propio de actuación basado en la protección del bien común. En Estados Unidos, la propuesta fortalece notablemente los límites al ejercicio de potestades discrecionales a través de un sistema mucho más preciso que aquel que deriva de los precedentes jurisprudenciales, en especial, en el caso *Chevron*. En América Latina, los principios de la moralidad realzan que el ejercicio de potestades discrecionales debe enmarcarse en los estándares de la buena administración, que, al mismo tiempo, protegen el margen de apreciación discrecional y fijan límites a su ejercicio.

2. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS DE LA MORALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ESTADOS UNIDOS Y AMÉRICA LATINA

El análisis comparado entre el derecho administrativo de Estados Unidos y América Latina, desde la moralidad interna, requiere valorar aspectos prácticos, pues de lo contrario el nivel de abstracción de la comparación puede afectar la utilidad del método comparado. Precisamente, en esta subsección analizamos los principios de la moralidad en los que más se apoyan Sunstein y Vermeule, lo que permite demostrar que estos coinciden con principios generales del derecho común de América Latina, incluso, recogidos en sus leyes de procedimiento administrativo.

2.1. Reglas y discrecionalidad

El primer principio de la moralidad interna, como vimos, es la capacidad del ordenamiento jurídico de producir normas, o sea, reglas generales y abstractas, en oposición a decisiones casuísticas. La *normatividad* del derecho administrativo, por ello, alude a la existencia de reglas generales y abstractas que ordenen la actividad administrativa. Este principio se encuentra en tensión con la discrecionalidad, entendida como el ámbito de la actividad administrativa que no está predeterminado en la ley, precisamente, por cuanto la Administración pública puede determinar, en cada caso concreto, la aplicación efectiva del interés general. No es de extrañar entonces que, desde la propuesta de la moralidad interna, Sunstein y Vermeule presten especial atención a este aspecto⁷⁴.

Esta problemática es de especial interés en cuanto a la distinción entre los reglamentos y los actos administrativos individuales (esto es, los actos administra-

administrativo. Un mito innecesario y pernicioso», *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 2, pág. 119. Véase también A. Durán Martínez (2009), «Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XV, pág. 845.

⁷⁴ Sunstein y Vermeule (2020: 43).

tivos cuyos destinatarios son determinados o determinables). El primer principio de Fuller se adecúa más a la existencia de reglas administrativas que a decisiones casuísticas adoptadas caso por caso, pese a lo cual la Ley de Procedimiento Administrativo de Estados Unidos no establece parámetros claros que den preferencia al reglamento frente al acto administrativo individual. Ello genera el riesgo de que la Administración opte por ejercer la potestad discrecional en actos administrativos individuales, afectando la normatividad del derecho⁷⁵.

En América Latina, la relación entre la normatividad de la actividad administrativa y la discrecionalidad se ha resuelto a través de tres principios generales, ampliamente recogidos en las leyes de procedimientos administrativos, de acuerdo con los estándares de la buena administración. Todos esos principios conectan con los principios de Fuller:

- En *primer* lugar, la teoría general de la discrecionalidad administrativa parte de considerar que siempre hay elementos reglados en toda potestad discrecional, lo que implica que no existe ninguna parcela de la actividad administrativa que quede al margen de la normatividad del derecho administrativo. De esa manera, toda potestad discrecional entraña el ejercicio reglado de potestades en lo que respecta a la competencia administrativa, el procedimiento previo, los supuestos de hecho y los fines de la actividad administrativa. Aquí se aprecia la impronta de la doctrina francesa (Rivero), quien observó que no existen, en realidad, actos puramente reglados y actos puramente discrecionales⁷⁶. Por ello, la discrecionalidad administrativa no permite la huida a la normatividad del derecho administrativo, tanto más desde los estándares de la buena administración. De estos estándares derivan principios generales llamados a asegurar el buen ejercicio de esa potestad, conforme a principios como la motivación y la proporcionalidad⁷⁷.

⁷⁵ La Ley de Procedimiento Administrativo, más bien, parece tolerar que la Administración pública evada los reglamentos administrativos para actuar caso por caso. Esto puede degenerar en el ejercicio arbitrario de la actividad administrativa, en la medida en que la Administración pública no queda limitada por normas generales, siquiera dictadas por ella misma. Frente a ello, Sunstein y Vermeule analizan la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual existen situaciones en las cuales el ejercicio de la potestad administrativa solo a través de actos administrativos individuales puede resultar en un abuso de autoridad. Véase *NLRB v. Bell Aerospace Co.*, 416 U.S. 267 (1974), Sentencia de 23 de abril de 1974, pág. 416. Sunstein y Vermeule (2020: 55).

⁷⁶ Ya no existen —escribía Jean Rivero— más *actos enteramente discrecionales* (J. Rivero (1984), *Derecho administrativo*, Caracas: Instituto de Derecho Público-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, pág. 88).

⁷⁷ A. Brewer-Carías y J. Hernández G., «Introducción general sobre la buena administración en Iberoamérica», en Rodríguez-Arana Muñoz y J. Hernández G (coords.) (2017: 35).

Puede citarse, en muchos otros, el ejemplo del art. 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela⁷⁸:

Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

El capítulo segundo de la *Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública* resume este postulado, al enunciar que el principio de racionalidad se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades discrecionales. Estos principios no permiten a la jurisdicción contencioso-administrativo sustituirse en las valoraciones discrecionales de la Administración, todo lo cual implica reconocer un margen de deferencia que, como tal, es inmune al control jurisdiccional. Pero como observa Graciela Ruocco en Uruguay, el control de la legalidad sobre la potestad discrecional también se extiende a las reglas de la buena administración⁷⁹.

— En *segundo* lugar, el principio del precedente administrativo vincula a la Administración pública a sus propias decisiones individuales, como una manifestación del derecho a la igualdad y a la protección de la confianza legítima. Como resume el art. 3.8 de la Ley 107-13 de República Dominicana, el principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza implica que:

[...] la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas y criterios administrativos.

Esto quiere decir que el sometimiento de la Administración pública a la ley y al derecho rige incluso respecto de las decisiones (normativas y no-normativas) de la propia Administración, que otorgan de esa manera derecho a los ciudadanos a confiar en la estabilidad y validez de tales precedentes administrativos. En Perú,

⁷⁸ Normas similares pueden encontrarse en otras leyes. Por ejemplo, en Colombia, véase el art. 44 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, conforme al cual «en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa». En Honduras, el art. 19 de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que «en los casos que la Ley atribuya a los órganos potestades discrecionales, se procederá dentro de los límites de las mismas y en función del fin para el que hubieren sido atribuidas».

⁷⁹ G. Ruocco (2003), «Enjuiciamiento de la Discrecionalidad Administrativa», *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 3, 11, pág. 124.

por ejemplo, el artículo VI de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone lo siguiente:

Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

Esto es de especial utilidad frente a la potestad discrecional, que queda, por ende, también limitada por el precedente⁸⁰. Con lo cual —Cassagne, comentando el derecho argentino— el precedente administrativo es una técnica normativa para prevenir la arbitrariedad de la Administración pública⁸¹.

— Finalmente, y en *tercer* lugar, el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos previene que los actos administrativos individuales se separen de los reglamentos, todo lo cual protege la normatividad del derecho administrativo. Este principio —originado en Francia y desarrollado en España⁸²— impide a la Administración pública, mediante decisiones individuales, modificar lo dispuesto en el ordenamiento jurídico-administrativo. En Costa Rica, el art. 13 de la Ley General de la Administración Pública dispone lo siguiente:

1. La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que estos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente.

Como desde Argentina resume Agustín Gordillo, como expresión del principio de la legalidad aplicado a la materia reglamentaria, toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida⁸³. Esto es, que toda decisión

⁸⁰ A. Cairampoma (2014), «La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 73, pág. 490.

⁸¹ J. Cassagne (2006), *Derecho Administrativo, Tomo I*, Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, pág. 208.

⁸² Véase, por todos, E. García de Enterría (1958), «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 27, pág. 63.

⁸³ A. Gordillo (2001), *Tratado de Derecho administrativo, Tomo I. Parte General*, Caracas: FUNEDA, págs. VII-25.

de la Administración pública debe responder al primer postulado de Fuller, en cuanto a la normatividad del ordenamiento jurídico-administrativo.

Ahora bien, desde el punto de vista comparado, cabe observar que la ausencia de previsión legislativa específica en Estados Unidos de estos principios ha justificado acudir a los principios de la moralidad interna de Fuller, para advertir que el reconocimiento de potestades discrecionales que se aparten *totalmente* de la normatividad, a través de decisiones casuísticas, vulneraría la condición mínima de todo ordenamiento jurídico⁸⁴. En América Latina no es preciso acudir a esa formulación, debido a la difusión de los principios generales señalados en las leyes de procedimientos administrativos inspirados en los estándares de la buena administración. Pero ello no impide considerar que los principios de la moralidad, en el derecho administrativo de América Latina, se orientan a asegurar la normatividad del derecho administrativo, en especial, desde la perspectiva de los estándares de la buena administración, en sentido similar a los principios de Fuller.

2.2. Consistencia y confianza

La consistencia del ordenamiento jurídico es otro de los principios de Fuller basado en la estabilidad y claridad del ordenamiento, de forma tal que los ciudadanos puedan conocer, previamente, su contenido y alcance, y con ello, el ámbito de decisiones que podrá adoptar la Administración pública. La dependencia del derecho administrativo al Estado, por otro lado, imprime a este de especiales notas de flexibilidad, que en cierto modo se oponen a la estabilidad, y colocan en riesgo la consistencia. A partir de este problema, común del moderno derecho administrativo, Sunstein y Vermeule proponen el uso de los principios de Fuller para fortalecer la moralidad interna del derecho administrativo sin negar su flexibilidad.

El derecho administrativo de Estados Unidos garantiza los principios de consistencia y confianza a partir de un principio básico: la Administración pública debe seguir sus propias reglas, o sea, que la Administración queda vinculada por las normas dictadas por ella. El principio fue establecido en 1932 por la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Arizona Grocery*. La Comisión Interestatal de Comercio había regulado el precio del transporte de azúcar, pero luego, en un caso individual, aplicó un precio distinto. La Corte consideró que ello afectaba la consistencia de las reglas fijadas por la Administración⁸⁵:

En lo que respecta a su conducta futura, el transportista tiene derecho a confiar en la declaración sobre lo que será una tarifa legal, es decir, razonable, y, si la orden simplemente establece límites, tiene derecho a protección si fija una tasa que cae dentro de ellos. Cuando, como en el presente caso, la Comisión haya dictado una resolución de doble vertiente, no podrá, en un procedimiento posterior,

⁸⁴ Sunstein y Vermeule (2020).

⁸⁵ *Arizona Grocery Co. v. Atchison, T. & S.F. Ry. Co.*, 284 U.S. 370 (1932), pág. 284.

actuando en su calidad cuasi-judicial, desconocer su propio pronunciamiento promulgado en su capacidad cuasi-legislativa y derogar retroactivamente su propia actuación en cuanto a la razonabilidad de la tarifa que ha prescrito.

Este razonamiento puede enmarcarse en los principios de la moralidad interna, en tanto la Administración pública violaría tales principios, incluso en su vertiente mínima, si pudiese libremente separarse de sus propias reglas en decisiones individuales. Esto destruiría la normatividad del derecho administrativo, como la Corte Suprema de Justicia afirmó en el caso *Accardi*, de 1954, al concluir que la discrecionalidad implica que la Administración pública debe ejercer su autoridad «de acuerdo con su propio entendimiento y conciencia», sin que ello le permita desvincularse de sus propias regulaciones⁸⁶. De igual manera, en el caso *Skidmore*, la Corte concluyó que las decisiones dictadas por las Administraciones públicas pueden tener una autoridad persuasiva, en la medida en que se trate de decisiones consistentes⁸⁷. Sin embargo, no existe claridad en la fuente normativa del principio de consistencia. Incidentalmente, la Corte ha concluido que este principio deriva de los estándares de la Ley de Procedimiento Administrativo, aun cuando también se ha señalado que tal principio debe ser consecuencia de la cláusula constitucional del debido proceso⁸⁸.

En América Latina, este no es, como vimos, un principio desconocido: la Administración pública debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho, lo que implica que ella queda vinculada a sus propias decisiones, que no pueden ser desconocidas. Por ello, el reglamento es una técnica adecuada para ejercer y concretar la potestad discrecional, contribuyendo a la consistencia del ordenamiento jurídico y a la protección de la confianza legítima. Como resume Carlos Delpiazzo, en Uruguay, el reglamento es considerado la fuente normativa más importante del derecho administrativo, al cumplir la doble condición de fuente dictada por la Administración para la Administración, cuya actividad queda así vinculada en el plano general —brindando certidumbre en cuando a las decisiones individuales que pueden ser dictadas⁸⁹—.

En el derecho administrativo económico, igualmente, se ha observado cómo el reglamento puede permitir la concreción, en un plano general, de la discrecio-

⁸⁶ *Accardi v. Shaughnessy*, 347 U.S. 260 (1954), sentencia de 15 de marzo, págs. 267-268.

⁸⁷ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944), de 4 de diciembre, pág. 323.

⁸⁸ De acuerdo con la Corte, «las violaciones por parte de la agencia de sus propias regulaciones, con independencia de que infrinjan la Constitución, pueden ser inconsistentes con los estándares de la actividad administrativa previstos en la Ley de Procedimientos Administrativos, y que los tribunales deben hacer cumplir». Sentencia del caso *United States vs. Caceres*, 440 U.S. 741 (1979), de 2 de abril, pág. 754. T. Marshall salvó su voto, al considerar que la Administración pública debe quedar sometida al Estado de derecho al igual que los particulares, como manifestación del principio constitucional del debido proceso (pág. 440).

⁸⁹ C. Delpiazzo (2020: 183).

nalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, abonando con ello a la confianza legítima y seguridad jurídica, en la medida en que el proceso de toma de decisiones se desplaza del análisis casuístico a la perspectiva general. Esto, claro está, no implica negar el margen de apreciación en el caso concreto, pero siempre dentro de los límites definidos en el reglamento⁹⁰.

Desde la moralidad interna del derecho administrativo, la potestad reglamentaria adquiere otra visión. Así, esta potestad es una herramienta para acotar la discrecionalidad administrativa a través de normas generales y abstractas que brindan consistencia y confianza al ordenamiento jurídico-administrativo. Frente a la concreción de la discrecionalidad en decisiones individuales, es preferible su concreción a través de la potestad reglamentaria, de lo cual resulta que el ejercicio extensivo de esta, lejos de colidir con los principios de la moralidad, contribuyen a su protección⁹¹.

2.3. *La revisión jurisdiccional de los principios de la moralidad interna del derecho administrativo*

La propuesta de la moralidad interna del derecho administrativo también se extiende a la relación entre la Administración y el derecho desde la perspectiva del control jurisdiccional y el margen de deferencia reconocido a la Administración pública. Como Sunstein y Vermeule advierten, en Estados Unidos, las dudas en cuanto a la base legal de estos principios plantean un riesgo frente a este control, que no puede basarse en apreciaciones morales. Por ello, Sunstein y Vermeule han prestado relevancia a los precedentes jurisprudenciales que partiendo de la interpretación de la Ley de Procedimiento Administrativo —o en su caso, de la Constitución— formulan principios cuya sistematización es posible a través de la teoría de la moralidad interna, como explicamos en las secciones anteriores⁹².

En Estados Unidos, esto plantea retos importantes en función a los criterios establecidos por la jurisprudencia sobre la deferencia a la Administración pública. En relación con los criterios de deferencia sobre cuestiones de derecho establecidos en el caso *Chevron*, Sunstein y Vermeule recuerdan que la inconsistencia no es un factor relevante para aplicar estos criterios, pues el sentido último de este precedente es reconocer un margen de deferencia (o como lo llaman los autores, el espacio para la definición de políticas públicas) en la discrecionalidad de la Administración pública, y no la garantía de la consistencia de las decisiones administrativas. En la práctica, esto podría implicar que el margen de deferencia rige, incluso, frente a decisiones incongruentes⁹³.

⁹⁰ J. Hernández G. (2004), *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, Caracas: IESA-FUNEDA, pág. 110.

⁹¹ Brewer-Carías (2016: 132).

⁹² Sunstein y Vermeule (2020: 100).

⁹³ De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, «la inconsistencia de la agencia no es una base para cuestionar la interpretación de la agencia bajo el marco de *Chevron*. La incon-

En América Latina, por el contrario, los principios generales del derecho administrativo forman parte del ámbito de control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso respecto al ejercicio de potestades discrecionales. La inconsistencia de la Administración pública y, en general, la violación del derecho a la confianza legítima —y con ello, a los estándares de la buena administración— constituyen parámetros de revisión jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa⁹⁴.

De manera tal que, en América Latina, el derecho administrativo reconoce que el sometimiento de la Administración pública a la ley y al derecho es pleno, incluso en lo que respecta al ejercicio de potestades discrecionales. Esto pasa por reconocer que el ejercicio de esa discrecionalidad se somete al control jurisdiccional, como se explicó, en sus aspectos reglados y más allá, por lo que respecta al principio de interdicción de la arbitrariedad y los estándares de la buena administración. Así ha quedado recogido expresamente en diversas leyes, como, por ejemplo, en el art. 18 del Código de Procedimiento Administrativo de Ecuador:

Art. 18. Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.

Como recuerda Campaña Mora, esta materia fue incluso objeto de un reglamento dictado, especialmente, para definir los límites de la discrecionalidad administrativa, en el cual se afirma los principios generales a los cuales esta queda sometida, tanto para limitar su ejercicio como para habilitar el propio ejercicio de potestades discrecionales⁹⁵.

sistencia inexplicable es, a lo sumo, una razón para considerar que una interpretación es un cambio arbitrario y caprichoso de la práctica de la agencia bajo la Ley de Procedimiento Administrativo». Véase *National Cable & Telecommunications Assn. v. Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967 (2005), de 27 de junio. En la práctica, sin embargo, la jurisprudencia de las cortes federales parece demostrar que la deferencia basada en Chevron tiende a ser más sólida en interpretaciones consistentes de las agencias. Susstein y Vermeule (2020: 81 y 112).

⁹⁴ Brewer-Carías (2020: 77). Como se ha concluido en Panamá, el principio fundamental que prevalece hoy día es el de que ningún acto jurídico debe estar exento del control jurisdiccional. Véase V. Benavides Pinilla (2009), «Consideraciones en torno a la Discrecionalidad de la Administración Pública en Panamá», en J. Rodríguez-Arana *et al.* (eds.), *Derecho Administrativo Iberoamericano (discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)*, Tomo II, Miami: Congrex, pág. 17.

⁹⁵ J. Campaña Mora (2005), «Una visión sobre el Derecho Administrativo en el Ecuador», en S. González-Varas Ibáñez (dir.) (2005: 377). y ss. El autor comenta el Decreto Ejecutivo 3179, de 18 de octubre del 2002, contenido del *Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública*. Como se resumió en su exposición de

Esta visión coincide con la moralidad interna de Fuller, en el sentido de que la discrecionalidad administrativa se define desde el ordenamiento jurídico y, por tanto, desde el primer principio de la legalidad, cual es la capacidad de producir normas generales y abstractas. Esto se traduce en la afirmación de un conjunto de principios que, sobre la interdicción general de la arbitrariedad, permiten a la jurisdicción contencioso-administrativo controlar el ejercicio de potestades discrecionales, pero sin negar el margen de deferencia de la Administración pública. Esto es, que como concluye en Colombia Jaime Orlando Santofimio, el derecho administrativo, en especial, por medio de sus principios generales, cumple un doble rol, a saber, el de habilitar el ejercicio de las potestades discrecionales —al considerarse inherente al rol vicarial que la Administración debe cumplir— y de limitar el ejercicio de esas potestades⁹⁶, tal y como Sunstein y Vermeule postulan respecto de los principios de la moralidad interna, que son principios de doble faz, como Jano⁹⁷.

Inevitablemente, esto genera puntos de tensión en torno al alcance del control de jurisdicción contencioso-administrativo y su sustitución en la valoración discrecional de la Administración pública. Salvando la casuística de cada ordenamiento jurídico, desde una panorámica comparada, el derecho administrativo en América Latina admite limitaciones al alcance del control jurisdiccional que puede ejercerse sobre el ámbito esencial de la discrecionalidad administrativa, basada en la valoración de interés general en el caso concreto (Cassagne), pero sin negar el control no solo de los elementos reglados, sino también de los principios generales, orientados a asegurar el buen ejercicio de esa discrecionalidad⁹⁸.

De esa manera, la moralidad interna del derecho administrativo ofrece, en América Latina, la posibilidad de una valoración integral del control de la jurisdicción contencioso-administrativa desde la deferencia a la Administración pública. Como señalan Sunstein y Vermeule, el verdadero debate no es entre admitir o negar la deferencia, sino en cuanto a la claridad de los términos y condiciones en los cuales la deferencia se admite⁹⁹. Aquí, el derecho administrativo común en América Latina presenta un punto importante de desarrollo, por el amplio tratamiento dado a los principios generales desde las leyes de procedimiento administrativo, en especial,

motivos, «la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público».

⁹⁶ Santofimio (2005: 234).

⁹⁷ Sunstein y Vermeule (2020: 118).

⁹⁸ El autor aborda este punto desde la perspectiva comparada del derecho español, a partir del debate entre Tomás-Ramón Fernández y Luciano Parejo Alfonso. Véase J. Cassagne (2018), «El control de la actividad administrativa en Argentina», en C. Delpiazzi Carlos (coord.) y L. Rodríguez (dir.), *Colección de Derecho Administrativo Comparado. Volumen I. El control de la actividad administrativa*, Bogotá: Editorial Temis, pág. 11.

⁹⁹ Sunstein y Vermeule (2020: 113).

como técnicas de control orientadas a prevenir la arbitrariedad y asegurar la efectiva implementación de los estándares de la buena administración.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA MORALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL EQUILIBRIO ENTRE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LA LIBERTAD GENERAL DEL CIUDADANO

La convergencia entre los sistemas de derecho administrativo de Estados Unidos y de América Latina encuentra, en la moralidad interna del derecho administrativo, un punto importante de estudio. El inicio de la discusión parte del reconocimiento del moderno Estado administrativo, esto es, de la necesidad de dotar, al Estado, de una adecuada organización administrativa para cumplir con cometidos públicos por medio de diversas técnicas de la actividad administrativa, que dotan a la Administración de potestades de especial intensidad en sus relaciones con los ciudadanos llamadas a promover activamente el bien común.

Frente a esa realidad, los principios de la moralidad, de acuerdo con la formulación de Sunstein y Vermeule, se orientan a lograr un adecuado equilibrio entre la actividad administrativa y los valores del Estado de derecho. En el siglo XXI no es posible pretender desmontar al Estado administrativo, pues «cuando la manzana del realismo ha sido probada, todo cambia, y el camino de vuelta al jardín del clasicismo queda cerrado por siempre»¹⁰⁰. Esto es, que la defensa del bien común —y en especial, de la democracia y la libertad— requiere del Estado administrativo¹⁰¹. Por ello, frente a la propuesta de desmontar al Estado administrativo y reducir la Administración pública a las formas del gobierno mínimo, los autores proponen fortalecer el rol del derecho administrativo a través de los principios de la moralidad interna.

De allí el título de obra. El moderno Estado administrativo actúa como el *leviatán*, o sea, como un poder que concentra un cúmulo importante de funciones. Frente a ese poder, el derecho (y no solo la ley) debe procurar la implementación de controles efectivos que no obstruyan el ejercicio de la actividad administrativa orientada a la realización práctica de los cometidos estatales. En Estados Unidos, la relación entre el Estado administrativo y el derecho ha derivado en áreas que se considera propenden al abuso de poder¹⁰². Frente a esas críticas, la solución no puede ser abolir al Estado administrativo, sino fortalecer la calidad de los controles de derecho administrativo para de esa manera *redimir* al Estado administrativo. La redención del derecho administrativo, en la obra de Sunstein y Vermeule, se logra a través de los principios de la moralidad.

¹⁰⁰ *Ibid.*: 114.

¹⁰¹ *Ibid.*: 143.

¹⁰² Hamburger (2014).

Este es el mismo rol que en el derecho administrativo de América Latina cumplen los principios generales. El derecho constitucional común en América Latina, como vimos, pivota en torno a la función de transformación que deben cumplir las Administraciones públicas en la promoción de los DESCAs, especialmente, en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Frente a esta realidad, es preciso ajustar el derecho administrativo a ese rol transformador, para lo cual los estándares de la buena administración cumplen, como los principios de la moralidad, un doble rol: restringen la actividad administrativa para prevenir la arbitrariedad, y habilitan, al mismo tiempo, el ejercicio de la actividad administrativa para promover el servicio efectivo a los ciudadanos¹⁰³.

La conexión entre los principios generales del derecho y los principios de la moralidad interna puede ser apreciada, en especial, desde los estándares de la buena administración. En el derecho administrativo de Estados Unidos, estos estándares están presentes en los principios que obligan a la Administración pública a motivar sus decisiones, lo que incluso corresponde a uno de los estándares de revisión en el citado caso *State Farm*. En Estados Unidos, sin embargo, la regulación de la Ley de Procedimiento Administrativo deriva en un alcance más limitado, pues el derecho a la motivación es accesorio al derecho de audiencia —no aplicable, por ende, a beneficiarios potenciales o indirectos¹⁰⁴—. Como Sunstein y Vermeule observaron, los principios de la moralidad deben tener un fundamento normativo claro —lo que condiciona, por ello, su alcance práctico—. Pero esta diferencia no impide considerar, en un plano general, cómo los estándares de la buena administración guardan similitud con el propósito final de los principios de la moralidad, cual es habilitar una actividad administrativa efectiva al tiempo que se previene la arbitrariedad de la Administración¹⁰⁵.

Esta doble faz de la moralidad del derecho administrativo, como Jano, recuerda una de las formulaciones básicas de Eduardo García de Enterría, de gran influencia en América Latina¹⁰⁶: la del derecho administrativo como un equilibrio entre las potestades administrativas, por un lado, y la libertad general del ciudadano, por el otro¹⁰⁷. Este equilibrio *presupone* del Estado administrativo,

¹⁰³ Sobre esto último, véase J. Hernández G. (2017), «La buena administración en Venezuela», en Rodríguez-Arana y Hernández (coords.) (pág. 177).

¹⁰⁴ J. Mashaw (2017), «La Administración motivada: la Unión Europea, los Estados Unidos y el proyecto de gobernanza democrática», en Rodríguez-Arana y Hernández (coords.) (pág. 65).

¹⁰⁵ Sunstein y Vermeule (2020: 144).

¹⁰⁶ Sobre la influencia de Eduardo García de Enterría en América Latina, desde su concepción de los principios generales del derecho, véase L. Rodríguez (2014), «Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo», en A. Brewer-Carías (coord.), *La protección de los derechos frente al poder de la Administración*, Bogotá: Editorial Temis, pág. 37.

¹⁰⁷ Véase también, sobre ello, lo expuesto en A. Brewer-Carías (2015), «La protección de los derechos frente al poder de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 196, pág. 367.

de lo cual resulta que el derecho administrativo, simultáneamente, garantiza la existencia del Estado administrativo y limita su actuación. Al mismo tiempo, el Estado administrativo *presupone* la existencia del margen de apreciación de la Administración —pues la complejidad de tareas a cargo del Estado administrativo impide la predeterminación normativa de la actividad administrativa por la Ley—. Precisamente por ello, los estándares de la buena administración no solo previenen la arbitrariedad, sino que, además, establecen las instituciones tendentes a asegurar y proteger la efectiva realización de la actividad administrativa orientada al bien común, reconociendo márgenes de deferencia a favor de la Administración pública.

Este equilibrio es, por esencia, dinámico, como resulta de los condicionantes políticos de la actividad administrativa. De allí la utilidad práctica de los principios generales del derecho y de los estándares de la buena administración, en tanto ellos permiten asegurar la flexibilidad de la Administración pública al mismo tiempo que preservan la legalidad y, con ello, el control jurisdiccional sobre la Administración pública. Como Sunstein y Vermeule observan, los principios de la moralidad limitan y legitiman, al mismo tiempo, al Estado administrativo¹⁰⁸.

En todo caso, la similitud entre los principios de la moralidad administrativa y los principios generales del derecho administrativo común en América Latina no implica que las mismas razones que llevaron a Sunstein y a Vermeule a proponer la «redención» del Estado administrativo, apliquen para América Latina. En realidad, ese derecho administrativo común responde a sólidos sistemas en los cuales el rol de las Administraciones públicas no está en duda. Ello es así, incluso, desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el rol transformador que han de cumplir las Administraciones públicas. Tampoco es preciso acudir a la teoría de Fuller para justificar la existencia de los principios generales, pues estos tienen amplia cobertura en las leyes administrativas —sin perjuicio de su reconocimiento como componentes inherentes al ordenamiento jurídico administrativo—.

Con todo, la luz que arroja en Estados Unidos la propuesta de Sunstein y Vermeule, permite recordar la relevancia de los principios generales del derecho administrativo común en América Latina, reforzando la crítica a ciertas instituciones, como la presunción de validez del acto administrativo, que se apartan de la moralidad mínima. Asimismo, esta propuesta apunta a una de las debilidades más acusadas en América Latina, cual es la fragilidad del derecho administrativo, ante las fallas en su implementación. La arraigada desigualdad en América Latina recuerda, así, que la fragilidad de las Administraciones públicas —y por ende, el incumplimiento de los principios de la moralidad— afecta la tutela del bien común y, por ende, las capacidades del individuo para ejercer efectivamente su libertad. Con lo cual, el principal riesgo en América Latina no deviene solo de *leviatanes despóticos*, sino de leviantes de papel, o sea, Estados frágiles que no

¹⁰⁸ Sunstein y Vermeule (2020).

pueden implementar el ambicioso marco jurídico —nacional e internacional— orientado al desarrollo inclusivo¹⁰⁹.

En resumen, el análisis comparado de los principios de la moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos y de los principios generales en el derecho administrativo común en América Latina, propenden al equilibrio entre la necesidad de las Administraciones públicas y la defensa de los valores del Estado de derecho como garantía de la libertad general del ciudadano. Parafraseando al caso *Wong Yang Sung*, puede señalarse que los principios de la moralidad interna, como los principios generales anclados en los estándares de la buena administración, propenden al equilibrio de fuerzas políticas y sociales opuestas: por un lado, las que legitiman la existencia del moderno Estado administrativo; por el otro, las que promueven el respeto de la libertad general del ciudadano en el marco del Estado de derecho. Cualquier desequilibrio resulta lesivo. Si el derecho administrativo se inclina hacia el poder, las Administraciones públicas podrán degenerar en arbitrariedad; si el derecho administrativo reduce en exceso la capacidad de las Administraciones públicas, estas podrán verse impedidas de atender las complejas tareas propias del siglo XXI, derivando en Estados administrativos frágiles o, si se quiere, fallidos, tal y como la pandemia de la COVID-19 está poniendo en evidencia¹¹⁰. La moralidad del derecho administrativo permite así recordar, desde la perspectiva de América Latina, que tan nociva para la libertad es el abuso de la actividad administrativa como la inactividad de las Administraciones públicas.

¹⁰⁹ Las expresiones leviatanes despóticos y leviatanes de papel se toma de D. Acemoglu y J. Robinson (2019), *The narrow corridor. States, societies, and the fate of liberty*, New York: Penguin Press, pág. 33. El Estado —leviatán— requiere de capacidad adecuada para cumplir sus cometidos, lo que en buena medida depende de sus Administraciones públicas, o sea, del Estado administrativo. Estados con suficiente capacidad requieren instituciones adecuadas que prevengan el abuso de poder (o sea, el surgimiento de leviatanes despóticos), pero que no afecten la capacidad de gestión de los cometidos públicos. Esa es la función primordial de los principios de la moralidad interna. En América Latina, el Estado —y sus Administraciones públicas— no tienen la capacidad adecuada para implementar los cometidos ambiciosos del desarrollo inclusivo, con lo cual es preciso prevenir los leviatanes de papel, o sea, los Estados frágiles. La propuesta de la moralidad interna arroja nuevas luces a este punto, en tanto los principios de derecho administrativo deben también tomar en cuenta las fallas de capacidad estatal que impactan negativamente la implementación del ordenamiento jurídico, afectando negativamente su moralidad.

¹¹⁰ J. Hernández G. (2021), «La redención del Derecho Administrativo en la post-pandemia», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 24.

