

Origen y formas de la regulación en la construcción del derecho administrativo norteamericano*

Origin and forms of regulation in the construction of American administrative law

Manuel Ballbé Mallo

Catedrático de Derecho Administrativo. Universitat Autònoma de Barcelona

Roser Martínez Quirante

Profesora titular de Derecho Administrativo. Universitat Autònoma de Barcelona



© Los autores

Recepción: 03-05-2023
Aceptación: 04-05-2023

Resumen

En el presente artículo se analiza el origen de la regulación desde un punto de vista contrapuesto a la clásica intervención normativa del Estado administrativo de corte continental-francés, es decir, el modelo originario de los Estados Unidos de influencia comunitarocéntrica, así como las implicaciones que este otro sistema de regulación va a tener en el resto del mundo. Para ello se destaca el papel que tuvieron los movimientos sociales a principios del siglo XX en la aparición de diferentes formas de regulación a través de sus demandas. Asimismo, se exponen sistemas de regulación que priorizan los mecanismos de autorregulación, de revelación y afloramiento de información, evaluación, comparación, emulación, estímulo o reputación. Por ello, la noción de *regulation* nunca puede ser la traducción anglosajona de nuestro concepto *reglamentación* administrativa, sino un instrumento de intervención más complejo, amplio y dinámico, como veremos a continuación.

Palabras clave: Estados Unidos; regulación administrativa; movimientos ciudadanos; derechos; activismo; comunidad; litigación; prevención; riesgos; seguridad

* Este artículo es una actualización de parte del que se publicó en 2010 en *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*, que contó con Rodríguez Arana y Robalino Orellana como editores en Cameron May.

Abstract

The origin of the regulation is analyzed from a point of view opposed to the classic normative intervention of the continental-French administrative State, that is, we refer to the original model of the United States of community-centric influence, as well as the implications that this other regulatory system will have in the rest of the world. For this, the role of social movements, at the beginning of the 20th century, in the appearance of different forms of regulation through their demands is highlighted. Likewise, regulatory systems are exposed that prioritize the mechanisms of self-regulation, disclosure and outcropping of information, evaluation, comparison, emulation, encouragement or reputation. For this reason, the notion of regulation can never be the Anglo-Saxon translation of our concept of administrative regulation, but rather a more complex, broad and dynamic instrument of intervention, as we will see below.

Keywords: United States; administrative regulation; citizen movements; rights; community; activism; litigation; prevention; risks; security

1. Introducción

Puesto que ya existen estudios sobre la regulación como forma de intervención administrativa en nuestra doctrina administrativista más autorizada (Guayo, 2017; Montero, 2018), nuestro interés se centra en analizar el origen del fenómeno de la regulación desde un punto de vista contrapuesto a la clásica intervención normativa del Estado administrativo de corte continental-francés. Para ello deberemos trasladarnos al otro lado del océano, a los Estados Unidos, y veremos las implicaciones que este otro modelo de regulación va a comportar en el resto del mundo.

En primer lugar, se trata de destacar el papel que tuvieron los movimientos sociales de principios del siglo XX en la aparición de diferentes formas de regulación. Como veremos, en esos momentos existía una forma de intervención administrativa individuo-céntrica o comunitario-céntrica,¹ donde la regulación no se producía exclusivamente por órga-

1. El modelo administratocéntrico europeo gira entorno a los poderes que ostenta la administración (primero católica y posteriormente estatal) y, en cambio, el modelo comunitarocéntrico, fruto de la influencia de la concepción religiosa protestante y puritana de sus forjadores, tiene su desarrollo en los EE. UU. y se basa en que la organización del Estado gira en torno al individuo y la comunidad, rechazando el modelo de administración centralizada, jerarquizada, hiperreguladora, funcionarial y paternalista europea. En sus inicios, el modelo de organización estatal norteamericano reusa cualquier administración institucionalizada que tuviera el monopolio del poder (político, económico o religioso) y ello queda reflejado en los pilares básicos del Estado: los individuos impartían justicia a través del jurado (el ciudadano juez) y, gracias a la Segunda Enmienda de la Constitución Federal, tenían el monopolio del uso legítimo de la violencia (el ciudadano policía) y podían integrarse en las milicias estatales (el ciudadano soldado) para formar un ejército de voluntarios y rechazar una *stan-*

nos técnico-administrativos y a través de sus capacidades jurídicas, sino que se manifestaba como un logro de las demandas de grupos sociales articulados. La génesis de la regulación norteamericana, pues, no tiene un recorrido vertical descendente, sino ascendente (de abajo hacia arriba). A principios del siglo XX, el movimiento regulatorio es impulsado en gran medida por los individuos y por los grupos, más que por la propia estructura administrativa jurídico-pública. Se normativiza lo que demandan los movimientos sociales como reacción a la pura inhibición del Estado liberal.

En segundo lugar, se trata de aflorar formas de regulación no estrictamente basadas en el parámetro normativo según el cual, una vez promulgada la norma de obligado cumplimiento, se activan mecanismos automáticos de intervención tipo inspección y sanción administrativa. Pretendemos valorar sistemas de regulación que priorizan los mecanismos de autorregulación, de revelación y afloramiento de información, evaluación, comparación, emulación, estímulo o reputación. En todos ellos, el protagonista del cumplimiento de la regulación es el propio individuo o la misma comunidad, que, con sus actos de consumo, premia o castiga determinados comportamientos.

Así pues, se conforma un entendimiento distinto del fenómeno regulador entre Europa y Estados Unidos, de manera que la noción de *regulation* nunca puede ser la traducción anglosajona de nuestro concepto *reglamentación* administrativa, sino un instrumento de intervención más complejo, amplio y dinámico, como veremos a continuación.

2. Regulación a través del activismo: los movimientos ciudadanos litigando en los tribunales o fuera de ellos para conseguir una regulación. Muller vs. Oregon (1908) y el movimiento defensor del sufragio femenino

Los movimientos sociales han impulsado la mayor parte de los grandes cambios en el derecho constitucional y administrativo americano (Eskridge, 2002). Antes de ser magistrado de la Corte Suprema, el gran jurista Louis Brandeis, conocido como el *abogado del pueblo* por sus grandes cruzadas en nombre de los derechos ciudadanos, afirmaba en 1905 que «el gran logro del pueblo angloparlante es conseguir la libertad a través de la ley; es natural, por lo tanto, que los que han sido entrenados en la ley tengan un papel importante en esta lucha por la

ding army profesional. En sus orígenes, este modelo individuocéntrico se contraponía al europeo de funcionario policía, funcionario juez y funcionario militar, profesionales de carrera todos ellos, y va a proyectar un derecho que, con el tiempo, influenciará (en otros) y sufrirá las influencias del mundo globalizado.

libertad y en el Gobierno que se derive».² El alcance y la relevancia de sus ideas no pueden dejarse de lado a la hora de entender la lucha por una regulación de interés general a través de los movimientos sociales.

De hecho, el activismo de la comunidad en los Estados Unidos siempre ha tenido una estrategia legal fundada en litigar para que se regule. Uno de los primeros éxitos de esta estrategia se logró a través de dos casos litigiosos, mediante la movilización de las mujeres de la Liga Nacional de Consumidores (NCL) en relación con el reconocimiento del derecho a jornadas de trabajo con un límite de horas.

Cuando la Ley del Estado de Nueva York estableció el límite de la jornada laboral de los panaderos a diez horas por día parecía que se había conseguido un avance significativo en los derechos de los trabajadores. Sin embargo, esta ley fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en la famosa sentencia *Lochner vs. Nueva York*, 198 U.S. 45 (1905) (Bernstein, 2012), basándose en la doctrina de la libertad de contratación. El Alto Tribunal consideró que una legislación protectora del derecho a la salud y a la seguridad en el trabajo no podía vulnerar el derecho a la libertad individual de contratación:

El derecho general a firmar un contrato relacionado con la ocupación profesional es parte de la libertad protegida por la decimocuarta Enmienda, e incluye el derecho a comprar o vender mano de obra excepto en los casos establecidos por el Estado en el legítimo ejercicio de su potestad de policía. La libertad de contratación relacionada con la mano de obra incluye a dos partes y una tiene tanto derecho a comprar como la otra a vender. La salud no es motivo suficiente para interferir en la libertad de una persona o en el derecho al libre contrato fijando las horas de trabajo del oficio de panadero. Ni se puede justificar que la ley que limite esas horas de trabajo lo haga como una ley sanitaria para salvaguardar la salud pública o la salud de los individuos dedicados a esa profesión. La Ley del Estado de Nueva York, que establece que no se exigirá ni se permitirá a ningún empleado trabajar en las panaderías más de sesenta horas a la semana ni diez horas al día, no es un ejercicio legítimo de la potestad de policía del Estado, sino una interferencia irrazonable, innecesaria y arbitraria con el derecho y la libertad del individuo a contratar su trabajo. Por tanto, dicha ley está en conflicto con la Constitución Federal y queda anulada por esta. (Harlow y Rawlings, 1992)

Resulta evidente, pues, que el Tribunal Supremo, en la llamada «era *Lochner*», defendía el mantenimiento de los principios conservadores del

2. Brandeis se enfrentó a problemas que podrían ser de gran actualidad hoy en día, como la corrupción en el Gobierno, los derechos de las minorías, el derecho a la privacidad, la igualdad de género, las causas de la pobreza, los costos sociales del excesivo poder político y empresarial, la responsabilidad de los ciudadanos para con su comunidad, etc. Como señala Strum (1995: 53), «en todos sus esfuerzos, Brandeis enfatizó la democracia política y económica, la participación ciudadana y el equilibrio entre derechos y responsabilidades».

laissez faire y del mercado libre sin restricciones y tendió a derribar las regulaciones económicas y sociales que se habían aprobado hasta la fecha. La línea argumental de la Corte Suprema en *Lochner* era la siguiente:

La cuestión es cuál de los dos poderes o derechos prevalecerá: el poder del Estado para legislar o el derecho del individuo a la libertad personal y la libertad de contratación. La mera afirmación de que el tema se refiere a la salud pública no implica necesariamente que la promulgación sea válida. La ley debe tener una relación más directa, como si fuera un medio para conseguir un fin, y el fin en sí mismo debe ser apropiado y legítimo, antes de que la ley pueda ser considerada válida y que interfiera con el derecho general de un individuo a ser libre en su persona y en su facultad de contratación en relación con su propio trabajo. (Peckham, 1905)

Sin embargo, la cuestión vuelve a plantearse unos años más tarde en la sentencia *Muller vs. Oregon* 208 U.S. 412 (1908). Es aquí cuando se produce un giro copernicano gracias a la intervención crucial del ya citado Louis Brandeis,³ uno de los grandes juristas de la época. Brandeis, en su lucha por los derechos de los más débiles, asesoró y apoyó al movimiento de mujeres en defensa de la Ley de Oregón, que establecía un número máximo de horas de trabajo al día, y tuvo un papel fundamental y decisivo para inducir un cambio en la jurisprudencia. Con *Muller vs. Oregon* se replanteó el tema de la salud laboral y su equilibrio con la libertad de empresa, situándose la primera como prioritaria. Se ha señalado lo siguiente:

Esta teoría de la ley sensible a las necesidades de la comunidad y a su interés por los problemas del trabajo se formó en 1908, cuando él [Brandeis] trabajó con su cuñada Josephine Goldmark y con la Liga Nacional de Consumidores en lo que se convirtió en el famoso «Brandeis brief» de *Muller vs. Oregon* (1908). Presentado al Tribunal Supremo de los Estados Unidos en nombre de una ley de Oregón que estableciera un máximo de horas de trabajo para las mujeres, el «brief» dedica sólo dos páginas a los precedentes legales y más de un centenar de páginas a demostrar con datos sociológicos que las jornadas de trabajo excesivamente largas tienen efectos negativos sobre las mujeres y sus familias. (Strum, 1995: 10)

Este giro jurisprudencial comportará que EE. UU. pase de ser un país basado en el *laissez faire* de la era *Lochner* a ser uno de los más intervencionistas y reguladores del momento, con las leyes administrativas más innovadoras en el sector del derecho laboral. Y ello en parte

3. Recordemos que posteriormente sería asesor del presidente Wilson y artífice de muchas de las propuestas administrativas, y al final de su vida fue magistrado del Tribunal Supremo, institución en la cual siguen citándose sus *briefs*.

gracias a Brandeis y al activismo de la comunidad, que provocaron una de las primeras formas de regulación a través de la litigación, de la información y de la evaluación, al recopilar información, datos científicos, médicos y sociológicos sobre las mujeres de las clases trabajadoras en Estados Unidos, y los compararon con estudios y regulaciones europeas. Brandeis alertó al Tribunal Supremo de los peligros de no intervenir administrativamente las relaciones laborales interprivadas, ya que dicha dejación podría repercutir negativamente en los intereses públicos, destacando que «cuando las mujeres trabajan largas horas, ello es destructivo para su salud y para la moral».

Las penosas condiciones laborales de las mujeres (como estar de pie durante las largas jornadas de trabajo incluso estando embarazadas), todas ellas documentadas pormenorizadamente ante el tribunal, justificaban una radical intervención del Estado, y los jueces entendieron que había una diferencia fundamental entre los géneros que había que proteger (Boris, 2008).

Sin embargo, los éxitos inmediatos en el Tribunal Supremo conseguidos por las mujeres a través de la Liga Nacional de Consumidores (NCL) presentan un cuadro muy diferente a los fracasos históricos de otras luchas, como el de las sufragistas. De ahí la importancia de que esta técnica reguladora, innovadora para el futuro de los litigios de los grupos de interés, no sea subestimada, sino que se ha reconocido que «en primer lugar, se abrió la puerta a la admisión de material sociológico, así como otros materiales normalmente no admisibles en virtud de las normas legales de la prueba. Esto a su vez alentó a los tribunales norteamericanos a adoptar una línea más audaz en la formulación de políticas» (Harlow y Rawlings, 1992: 77).

Durante las siguientes décadas las leyes protectoras para las mujeres trabajadoras fueron un modelo para establecer estándares mínimos de seguridad y salud para todos los trabajadores, con lo que cambió el discurso de la regulación del «trabajo peligroso» por el de la «protección de los trabajadores más necesitados». Las concepciones de género, en particular las nociones sobre las desventajas biológicas y sociales de las mujeres, junto con la exposición de la documentación sobre las condiciones sociales ante los tribunales, desarrollaron la llamada «jurisprudencia sociológica», la cual alumbró verdaderos cambios legales. A partir de aquel momento se puso énfasis en la responsabilidad del Estado para contrarrestar la opresión económica derivada de la doble posición exigida a la mujer en el hogar y en el mercado. «La Gran Depresión también proporcionaría un argumento contextual para los que buscaban poner fin a la explotación de los trabajadores» (Boris, 2008: 334).

Con *Muller vs. Oregon*, en 1908 comienza una orientación del derecho del trabajo, no como lo fueron las relaciones únicamente entre pri-

vados en virtud del principio de la libertad de contratación, sino como el inicio de un firme principio de regulación administrativa del mercado de trabajo (Johnstone y Mitchell, 2004). Esta regulación que permitía el control del derecho público en las relaciones de mano de obra entre privados se consolidó en la sentencia de la *West Coast Hotel vs. Parrish* 300 U.S. 379 (1937):

Al afirmar que la relación entre el empleador y el empleado era pública, no privada, *West Coast Hotel* desdibujó la frontera entre el Estado y el mercado. [...] Se afirma el derecho del Estado a promulgar medidas para mitigar las desventajas de las mujeres en el mercado laboral sobre la base de que son de la clase que recibe el menor salario, que su poder de negociación es relativamente débil, y que ellas son las víctimas de aquellos que se benefician de sus circunstancias necesitadas. (Boris, 2008: 334)

Ahora bien, si Brandeis fue decisivo para el reconocimiento de los derechos laborales a través de la litigación ante el Tribunal Supremo, las sufragistas no consiguieron dicho reconocimiento jurisprudencial y el derecho constitucional federal al voto femenino no se obtuvo hasta 1920, después de décadas de fracasos y represalias encarnizadas contra ellas. Fue un ejemplo de regulación federal a través, no de la litigación judicial como tal, sino de la lucha del activismo y los movimientos ciudadanos.

Cabe decir que algunos estados ya habían reconocido el derecho al voto femenino a mediados del siglo XIX, ya que los años de la Reconstrucción fueron favorables al reconocimiento de los derechos de las mujeres en el oeste: «es mil veces más difícil lograr la revocación de leyes injustas en los viejos estados que lograr la adopción de leyes justas en la organización de los nuevos» (Myres, 1986).

Es evidente que a los movimientos ciudadanos a favor del voto de la mujer les era más fácil cosechar éxitos en los estados del oeste, por la flexibilidad que caracterizaba el sistema institucional todavía no consolidado. Allí el sufragio femenino no era visto como una amenaza a la estabilidad de las estructuras sociales, sino como un elemento que haría más atractiva la región para que las mujeres se radicaran allí. En las sociedades del oeste había más capilaridad social, menos énfasis en la protección de las tradiciones y costumbres que en la necesidad de atraer población y garantías de los derechos políticos. Por ello fue más fácil que los movimientos sufragistas tuvieran más recorrido en sus demandas de igualdad social y política en algunos estados del oeste cinco décadas antes que en el resto del país.

Sin embargo, el movimiento tuvo éxito cuando enfatizó la importancia de regular y legitimar mediante el voto la contribución de las mujeres a la sociedad:

El contexto de la Primera Guerra Mundial difundió el discurso de los derechos de América, cuando tantos derechos se negaron en tanto que se ampliaron otros. En los últimos años de la larga campaña por el sufragio femenino, las sufragistas utilizaron la ideología de guerra para defender sus argumentos. En 1918, los piquetes del Partido Nacional de la Mujer rodearon la Casa Blanca, con pancartas con mensajes destinados a comprometer los esfuerzos de la guerra. Una pancarta decía: «Para los enviados rusos... nosotras las mujeres de América os decimos que esto no es una democracia. A veinte millones de mujeres estadounidenses se nos niega el derecho al voto». El presidente Wilson, que estaba resentido por las manifestaciones sufragistas, al final llegó a aceptar el sufragio de las mujeres como medida de guerra, argumentando que el Congreso debía considerar «las circunstancias inusuales de una guerra mundial en la que nos encontramos, ya que seremos juzgados no solo por nuestra propia gente, sino también por nuestra propia conciencia, y estamos a la vista de todas las Naciones y pueblos [...]». El presidente creía que la enmienda del sufragio «es de vital importancia para el enjuiciamiento de la gran guerra de la humanidad en la que estamos inmersos [...]». La Decimonovena Enmienda fue finalmente ratificada en agosto de 1920, algunos creían que las mujeres votantes apoyarían la Sociedad de las Naciones en interés de la paz.⁴

Ciertamente, en 1919, EE. UU. había participado en una cruenta guerra en la que las mujeres habían tenido un papel decisivo, por lo que privarlas del sufragio era incompatible con un discurso político que exaltaba la importancia de su contribución al bienestar nacional. De ahí que los movimientos a favor del voto de la mujer consiguieran en aquel momento una regulación favorable a sus reivindicaciones.

3. La construcción de un estado administrativo y regulador en los EE. UU.: las primeras oleadas reguladoras durante las presidencias de Woodrow Wilson (1913-1921) y de Theodor Roosevelt (1933-1945)

3.1. La era Wilson

Los importantes cambios que se produjeron en los EE. UU. a principios del siglo XX —encauzados primordialmente por el movimiento progresista ideado, entre otros, por el profesor y posterior presidente de los EE. UU. W. Wilson— hicieron que pasara de ser un estado liberal sin administraciones públicas ni regulaciones intervencionistas a ser un incipiente «estado administrativo». Se crearon importantes agencias

4. «Cox Sees League Aid in Suffrage Victory», *New York Times* (19 de agosto de 1920), y Dudziak (2008).

administrativas y se produjo una fuerte intervención en el campo económico y social, que sería la base institucional y legal de la génesis de EE. UU. como una gran potencia federal en el plano internacional.

La piedra angular de esta nueva filosofía administrativizadora la lideró el movimiento progresivo (*progressivism*). Y, como hemos avanzado, el profesor Wilson fue uno de sus protagonistas.⁵ En su famosa obra *El Gobierno por el Congreso* denunció la falta de un gobierno por el ejecutivo y la inexistencia de unas administraciones públicas implementadoras, así como la carencia de funcionarios de carrera, profesionales e imparciales, alejados de la refriega política como sí tenían los estados europeos. Defendía la aprobación de unas regulaciones administrativas intervencionistas, imprescindibles tanto en los servicios públicos que requerían de una alta especialización (ferrocarril, gas, agua, etc.) como en otros ámbitos económicos y sociales (Mayer, 2009).

El movimiento progresivista de Wilson fue el verdadero regenerador del sistema federal americano, administrativizándolo, y aunque hubo influencias de los modelos administrativos europeos (sobre todo del inglés y del alemán),⁶ esta transformación siguió una lógica propia. Su eje fue la instauración de las agencias administrativas independientes y la introducción de personal administrativo especializado, lo que acabó con el viejo sistema del *spoils system*.

Por tanto, la llegada a la presidencia de Wilson va a producir el gran cambio hacia un estado administrativo y regulador. No podemos olvidar tampoco al famoso asesor del presidente, el Coronel House, quien, en 1912, publicó una novela anónima titulada *Phillip Dru: Administrator*. Se trataba de un auténtico programa de reforma administrativa donde se proponía la creación de una reserva federal y otras medidas⁷ que posteriormente se llevaron a cabo. En la novela se apuntaban ya propuestas administrativas con proyección internacional, como la creación de la Liga de Naciones. Más tarde serán el Coronel House y el ministro de Asuntos Exteriores inglés Edgard Grey los que hagan una propuesta internacional concreta. La idea fue la creación de una federación mundial de estados que aceptaran el arbitraje y la subordinación al derecho internacional basado en el *rule of law* anglosajón, en lugar del recurso a la fuerza. Se proponía también la supresión de las barreras económicas y

5. En su artículo, Pestritto (2007) defiende que tanto Woodrow Wilson como Frank Goodnow fueron pioneros en defender la separación de la política y la Administración, y lo convirtieron en la pieza central para la reforma constitucional.
6. «Wilson suscribía la doctrina del progreso histórico que había aprendido del modelo de estado alemán de Hegel y Bluntschli, durante su educación en las universidades alemanas, así como de sus propios maestros como Richard T. Ely» (Pestritto, 2007).
7. Creación de jueces federales de carrera, desarrollo del derecho de los sindicatos para poder estar representados en la dirección de la empresa, seguridad en el trabajo, impuesto de la renta y de sucesiones federales, regulación de la moneda, pensiones y seguro de desempleo, jornada máxima de trabajo y reducción de tarifas, entre otras medidas.

las tarifas internas siguiendo el modelo (que existía anteriormente entre los estados de los EE. UU.) que se encuentra en el artículo 4 de la Constitución Federal.⁸

Toda la propuesta de Wilson, como ha señalado el senador Moynihan, era «un mundo regulado por el derecho» (Moynihan, 1992). Los seis puntos esenciales que Wilson propuso en el Congreso de 1918, «cada uno derivaba en algún aspecto de la Constitución Federal. La Liga de Naciones es una réplica de la estructura de las ramas [federal y estatales] de la Constitución norteamericana» (Bobbitt, 2003: 378 y ss.). Paradójicamente, este poder de los estados en el Senado frente a la presidencia de Wilson fue el que impidió que EE. UU. subscribiera el Acuerdo de Versalles de creación de la Liga de Naciones.

El innovador paquete de reformas administrativas y reguladoras de Wilson iba a ser tan revolucionario como esa propuesta de una administración internacional. Asimismo, un año antes, en 1913 (Silber, 2007), se había creado la Reserva Federal (banco central de los EE. UU.), que ordenó el mercado de Wall Street e inició la supremacía reguladora y financiera de los EE. UU., desbancando a la Gran Bretaña.

La Enmienda 16 a la Constitución americana, en 1913, dando poder al Congreso para crear impuestos federales y establecer una administración *ad hoc* supuso la implantación de lo que posteriormente sería la Agencia Tributaria norteamericana, en la actualidad denominada IRS (Internal Revenue Service) (Thorndike, 2001), lo que supuso el establecimiento de la columna vertebral del estado intervencionista y social moderno.

También en esta época, caracterizada como primera oleada reguladora, el estado administrativo se amplió a consecuencia de la Ley Seca de 1919 (Volstead Act). No hace falta destacar que supuso un intervencionismo administrativo, no solo en las empresas, sino también en la misma *american way of life*.⁹

3.2. La era Roosevelt: Regulación a través de la revelación o afloramiento de datos

La segunda oleada vino como consecuencia del crac del 29 y la llegada a la presidencia de Roosevelt en 1933 (tenía una gran experiencia administrativa, puesto que fue gobernador del Estado de Nueva York duran-

8. Ello constituye, sin duda, los primeros pasos de la idea de lo que sería el GATT y, desde los años 90, la OMC. Se ha dicho que estas propuestas de alcance mundial de Wilson suponían «la extrapolación de las ideas del federalismo constitucional americano a la arena internacional» (Bobbitt, 2003: 378 y ss.).

9. Ello comportó que el Departamento del Tesoro, a través de la Administración Tributaria, creara otro cuerpo de policía federal, donde actuó el famoso Elliot Ness. Posteriormente esta policía se desglosó en dos en 1972: las policías federales del IRS y del ATF (Alcohol, Tobacco and Firearms).

te 8 años). Su programa, llamado New Deal, amplió el intervencionismo y las regulaciones después de la Gran Depresión. Asimismo, en esta segunda oleada se regularon el salario mínimo y los seguros de desempleo, se creó la Federal Communications Commission en 1936 o el Civil Aeronautics Board, que empezó a regular el nuevo sistema de transporte aéreo.

Los asesores de Roosevelt, profesores de Derecho Administrativo de la Universidad de Harvard, Felix Frankfurter y James Landis, redactaron la legislación sobre mercado de valores y las obligaciones de las empresas en este campo (McGraw, 1984: 153).¹⁰ Posteriormente, Landis será nombrado presidente de la nueva comisión, la famosa Securities Exchange Commission (SEC), en 1934 (Seligman, 1982).

Esta reforma puede considerarse trascendental, puesto que vino a cambiar los parámetros del derecho administrativo y de las tradicionales formas de intervención e inspección administrativas. Se diseñaba una regulación que establecía en primer lugar una *corporate responsibility*, lo cual obligó a las empresas a corresponsabilizarse, a crear un departamento de riesgos financieros, a hacer aflorar sus cuentas y a someterse a auditorías financieras y contables, certificación y acreditación. Este diseño regulatorio comportó un verdadero y completo sistema de *disclosure* y, en el fondo, todo ello englobará los procesos de *compliance*: «mandatory disclosure as a regulatory mechanism» (Williams, 1999).

De este modo se introdujo un modelo de autorregulación regulada que se halla en la base de la moderna concepción del derecho administrativo, de la sociedad del riesgo y de las técnicas de responsabilidad de las empresas en otros campos, como el de prevención de riesgos laborales y ambientales, o auditorías y evaluación de calidad, consolidadas en la década de 1970.

Esta normativa obligaba a las empresas a revelar información sobre sus actividades económicas (transacciones, beneficios, pérdidas, etc.) y con ello se iniciaron los nuevos derechos del ciudadano a conocer y a acceder a la información, creando, con la auditoría externa obligatoria, un ejército de profesionales de la prevención de riesgos y un *soft law* de unas regulaciones de calidad y seguridad, coparticipado por las empresas, la comunidad activa y el Estado, lo que configuró un nuevo modelo de estado regulador.

Todavía hoy, cuando se habla de evaluación y auditoría en la Administración pública (por ejemplo, en la universidad),¹¹ se señala que es

10. También en 1933 fue aprobada la Glass-Steagall Act y con ello se introdujo la separación entre bancos dependiendo del tipo de negocio al que se dedicaran (banca comercial y banca de inversión), y se creó la Federal Deposit Insurance Corporation para asegurar los depósitos bancarios.

11. Sobre la importancia del conocimiento de los estándares e indicadores de calidad, véase Jiménez Tello (2009). En esta investigación se pone de manifiesto cómo las universidades

una extrapolación de las técnicas empresariales a lo público, cuando precisamente se trata de lo contrario. Fue el movimiento progresista de Roosevelt, los administrativistas y sus regulaciones los que obligaron a las empresas a introducir estas técnicas de manera obligatoria. Por lo tanto, fue el inicio de una nueva forma de regulación pública y social que transformó al Estado en un estado evaluativo, y a la sociedad, en sus empresas y servicios, en una *audit society* (Courville, Parker y Watchirs, 1997; Power, 1999).

Un ejemplo cercano en el tiempo de esa técnica reguladora puede verse en 1986, cuando se publicó la Ley de Planificación de Emergencias y el Derecho de la Comunidad a Conocer (Emergency Planning and Community Right-to-Know Act (EPCRA)). Esta ley obligaba a las empresas a informar a las administraciones de la cantidad de sustancias químicas potencialmente peligrosas que habían sido almacenadas o liberadas al ambiente, señalando su ubicación, tipos y cantidades (Hamilton, 2005):

La EPCRA, aprobada por el Congreso en 1986 después del desastre de la central nuclear de Chernobil en Ucrania, constituye un importante éxito para los requisitos de revelación de información. Originariamente era una modesta e incontrovertida medida, puesto que la Ley no estaba pensada para producir beneficios ambientales por ella misma. Era esencialmente una medida de llevanza de un registro para facilitar a la EPA una imagen de lo que estaba efectivamente ocurriendo fuera de sus despachos. Pero la Ley hizo mucho más. De hecho, la exigencia de revelación de información recopilada en el Inventario de Emisiones Tóxicas (Toxic Release Inventory [TRI]) puede considerarse como uno de los mayores éxitos de toda la historia del derecho ambiental. Para crear el inventario, las empresas y los particulares deben informar al Gobierno nacional de las cantidades de sustancias químicas potencialmente dañinas que han sido almacenadas o liberadas al medioambiente. La información está inmediatamente disponible en la página web de la EPA para cualquiera que desee consultarla. Más de veinte mil instalaciones relevan hoy en día información detallada de más de 650 sustancias químicas, abarcando más de 4,34 mil millones de libras de productos químicos almacenados. Quienes utilicen materiales químicos peligrosos deben también informar al servicio de bomberos local sobre la situación, tipo y cantidad de productos químicos almacenados. Y deben también suministrar información acerca de las consecuencias potencialmente adversas para la salud. El hecho sorprendente es que sin imponer u obligar un determinado cambio de conducta, la Ley ha tenido unos efectos

españolas están a la cola de las universidades del mundo, por desconocer y no utilizar los indicadores ni los estándares angloamericanos en uso. Es decir, nuestras universidades, como nuestra economía, son de las primeras del mundo, pero, así como la empresa y el mercado ya hace tiempo que se han homologado en tales indicadores, la universidad a menudo ignora las nuevas reglas del juego imprescindibles para obtener la calificación óptima que merece.

beneficiosos enormes, puesto que ha estimulado la reducción de emisiones tóxicas a lo largo y ancho de EE. UU. Esta consecuencia inicialmente no pensada sugiere que los requerimientos de *disclosure*, por ellos mismos, pueden producir notables reducciones de emisiones. (Thaler y Sunstein, 2008a: 190; Sunstein, 2004: 258)

La diferencia entre los dos conceptos de Estado administrativo y Estado regulador es que con esta última acepción no se trata tanto de crear amplias administraciones públicas repletas de funcionarios y normas, sino que organismos reguladores sin grandes estructuras de personal consiguen una autoridad y una eficacia mayores. Al regular el comportamiento de empresas y ciudadanos y traspasarles la responsabilidad a ellos, se convierten prácticamente en protagonistas activos de la implementación de los valores y principios de esta regulación. Este paso de estado administrativo a estado regulador podemos situarlo en la época Landis, con la creación de la SEC y con este cambio de regulación administrativa en el que la Administración era la protagonista única, y ahora lo serán, además, las empresas y los ciudadanos (Stone, 1975).

3.3. *La Administrative Procedure Act de 1946: La participación pluralista de los grupos*

Culminó esta etapa con la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo (Administrative Procedure Act o APA) en 1946, un verdadero código de derecho administrativo, todavía hoy vigente, inexistente en Europa. La APA también significaba introducir el principio vertebral del sistema constitucional pluralista y federal norteamericano en el procedimiento administrativo y en todo el sistema de derecho administrativo.¹²

Hay que destacar aquí cuáles son los principios constitucionales que constituyen lo que hemos llamado «la americanización del procedimiento de derecho administrativo». Muchos de ellos se recogen en la obra de los fundadores de la Constitución americana, especialmente en la de Madison (Bildler, 2017). Con la APA de 1946 se materializa y se concreta una de las tres patas del sistema constitucional federal. Ciertamente, *El Federalista* recoge las piezas esenciales del sistema de *checks and balances* articulado en tres pilares.

En primer lugar, la separación horizontal de poderes, entendida como un sistema auténtico de contrapoderes. El ejemplo más palpable

12. La Ley de Procedimiento Administrativo americana se aprobó al final de un largo periodo demócrata, porque estos eran conscientes de que estarían en la oposición. Por ello establecía una amplia participación y control de los grupos (y, por tanto, de la oposición) en la elaboración de los reglamentos y las resoluciones administrativas. Véase McNollgast (1999).

es el control constitucional de las leyes por parte del poder judicial, pero el hecho de que los poderes ejecutivo y legislativo tengan un sistema electoral separado y diferente ha comportado un contrapoder real, ya que en 200 años apenas durante unas pocas decenas se ha dado la misma mayoría en el poder legislativo y en el ejecutivo.

En segundo lugar, la separación vertical (central-estatal y local) de poderes (Ballbé y Martínez, 2003).

En tercer lugar, y quizás la más olvidada por la tradición europea, la vertebración de un activo sistema de grupos de representación de intereses para que una mayoría (incluso electoral) no pueda tiranizar a las minorías. Esta articulación de la representación de los grupos ya se concretó en el poder legislativo con el reconocimiento de los *lobbies* (Sushman, 2006) desde el principio. Es decir, que la representación parcial de los ciudadanos podía acceder a la antesala (*lobby*) del Parlamento para influenciarlo, así como mediante los *hearings* (audiencias públicas), para que los grupos pudieran exponer sus posicionamientos. Es de este viejo procedimiento parlamentario (y del judicial) de donde provienen los principios del procedimiento administrativo de participación de los grupos. En este sentido se ha dicho que la garantía de los derechos fundamentales no se podía asegurar solo con la Constitución y las leyes, sino estableciendo un equilibrio de poderes y de grupos en el proceso político y jurídico, tal y como Madison (el padre de la Constitución) explica en número 10 de *El Federalista*:

[...] cuanto más escasos son los distintos partidos y grupos de intereses, más frecuente es que la misma facción tenga la mayoría. Ampliad la esfera de acción y admitiréis una mayor variedad de partidos e intereses; haréis menos probable que una mayoría del total tenga motivo para usurpar los derechos de los demás ciudadanos.

Como ha señalado Sunstein, «los peligros de faccionalismo y de representación en interés propio han sido la preocupación principal del moderno derecho administrativo [norteamericano]. La mayoría de propuestas de reforma reguladora derivan de esta preocupación» (Sunstein, 1987).

En España, se ha pasado por alto que la APA inspiró la venerable Ley de Procedimiento Administrativo española de 1958, aunque, por el contexto político de la época, el trasplante de ese derecho a nuestra ley de procedimiento se interpretó como la participación no tanto de los grupos como del sindicato vertical y demás instituciones corporativas propias de la llamada «democracia orgánica».

4. La tercera gran oleada administrativa y reguladora fruto del activismo de la comunidad. Las presidencias de John F. Kennedy (1961-1963) y Lyndon B. Johnson (1963-1969). La Corte Warren y el nacimiento del derecho administrativo de la regulación de riesgos

En esta etapa se pone de manifiesto cómo la fuente de los nuevos derechos, aunque formalmente serán las leyes del Parlamento y los reglamentos de la Administración, materialmente sigue siendo el activismo de los grupos y la comunidad en detectar los viejos y nuevos riesgos para el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad humana (Eskridge, 2002). Efectivamente, los movimientos ciudadanos en la década de 1960 cuestionaban que el sistema jurídico no representaba el interés general, sino el interés de unos grupos privilegiados determinados (Siegel, 2006).¹³

4.1. Regulación a través de la litigación

Como hemos indicado más arriba, uno de los primeros movimientos fue el de los derechos civiles de los negros (NAACP, Asociación Nacional de Ayuda a los Ciudadanos de Color), que inició las estrategias legales denominadas «regulation through litigation» tan exitosas entonces, con la jurisprudencia Warren de la Corte Suprema, como en la actualidad (como las sentencias del movimiento antitabaco o de los medicamentos genéricos del sida) (Viscusi, 2002). En 1964, la Civil Rights Act y la creación de la División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia, así como la red de oficinas de derechos civiles en todas las administraciones, dieron comienzo a una nueva era del derecho administrativo en el campo de la igualdad regulatoria.¹⁴

Todo ello comportó un ingente paquete de regulaciones de nuevos derechos civiles y la introducción de las técnicas de discriminación positiva, primero para los negros y, posteriormente, para otras minorías, especialmente para cambiar la persistente y sutil discriminación de la mujer.¹⁵ En respuesta a la vaga prohibición contra la discriminación, las organizaciones crearon estructuras como los funcionarios especiali-

13. En relación con la importancia de los problemas de la administración comunitaria, véase el artículo de Barak Obama cuando trabajaba como *community promoter* (Obama, 1990), y Obama (2004).

14. «Empezando en 1970, la agencia fue demandada en una serie de pleitos con acusaciones de una aplicación deficiente de sus regulaciones, y los demandantes ganaron en todos los casos, aunque este tipo de pleitos era completamente desconocido en el derecho administrativo federal». Véase Rabkin (1980).

15. En referencia a la historia de la lucha por los derechos de la mujer y su relación con los derechos laborales, véase Barzilay (2008).

zados en acción positiva, reglas antidiscriminación y puestos específicos en la materia (Edelman et al., 1999).

La igualdad de oportunidades en el empleo y la acción positiva imponen la mejora del estatus laboral de minorías y mujeres y, al igual que otras muchas normas que regulan las organizaciones empresariales, no define claramente lo que constituye un «efectivo cumplimiento». Por ello, el «cumplimiento» depende en gran medida de la iniciativa y la agenda de aquellas personas encargadas de asegurar el *compliance effort*: en el caso de los derechos civiles, los encargados de las políticas de *affirmative action* tienen la responsabilidad de actuar como una extensión del Estado. La proporción de mujeres, minorías y otros trabajadores protegidos aumentó cada año durante el tiempo que Brown (activista encargado de estos asuntos) ostentó el puesto de *affirmative action officer* (Edelman et al., 1999).

Estas técnicas de igualdad (entendida como tratamiento desigual a los desiguales) condensadas en los principios de *affirmative action* (discriminación positiva) siguen siendo objeto de acalorada polémica por los sectores conservadores que siempre las han cuestionado, pero acabaron por consolidarse gracias a las famosas sentencias de la Corte Suprema tituladas *Grutter v. Bollinger* y *Gratz v. Bollinger*, de 2003 (Post, 2005). Se trata de una institución, de unos valores y de unas técnicas de derecho administrativo que impulsan los movimientos ciudadanos cuando demandan de la Administración una mayor sensibilidad en relación con los nuevos y viejos riesgos. Precisamente estos mismos movimientos denunciaban la captura de la Administración por los intereses de la industria.

Stigler, Premio Nobel de Economía, publicó *La teoría económica de la regulación* o teoría de la captura del regulador por el regulado, demostrando a través de diferentes estudios que la regulación favorecía a un sector económico, monopolista, dominante y no al interés general (como mantenía la teoría clásica del derecho administrativo), frenaba la innovación y hacía subir los precios. Las dos formas más típicas de captura eran la asimetría en la información y el *revolving door*. Se produce una captura a través de la asimetría de la información, ya que las grandes empresas de servicios (como las de electricidad o la banca) generan una información científica y técnica, pero siempre favorable a sus intereses y, por tanto, el Gobierno y la Administración, que no disponen de tanta y tan especializada información, acaban regulando en función de la información recibida por el sector específico. Se dice incluso que, a pesar de introducir la competencia en un sector, las diferentes empresas forman un cártel de información a través de la creación de servicios de estudios o asociaciones patronales:

[...] históricamente las empresas de servicio público han tenido una ventaja comparativa sobre el control del flujo de información en el proceso regulador. La capacidad de las empresas eléctricas para impedir la transformación hacia un mercado más eficiente se ve facilitada por la existencia de cárteles de información. Esta forma de colusión para controlar la información deben impedir la Administración y los tribunales. (Pechman, 1994)

En segundo lugar, otra forma de captura es el *revolving door* o ‘puerta giratoria’, que pone de manifiesto que «los administradores están influenciados por el hecho de que posteriormente deben buscar empleo en las industrias reguladas» (Sunstein, 1987).¹⁶

Con ello, desde una perspectiva científica conservadora de la Escuela Económica de Chicago, se venía a corroborar lo que el activismo de la comunidad denunciaba en la calle desde la década de 1950: que la regulación no servía al interés general, sino al de un sector (de los blancos sobre los negros, de los hombres sobre las mujeres o de la gran industria frente a los consumidores). La divergencia venía en las alternativas. Por un lado, los economistas propusieron la *deregulation* o liberalización de los sectores regulados y privatización e introducción de competencia incluso en sectores de monopolio natural a través del acceso de terceros a la red (Airline Deregulation Act, de 1978; Telecommunications Industry, Trucking Industry, Electricity, Natural Gas Policy Act, de 1978, etc.) (Derthick y Quirk, 1985). Aunque algunas de estas medidas fueron llevadas a cabo por destacados liberales y progresistas:

[...] la desregulación, concentrada en el período 1977-1980, fue el producto de la coalición del siglo XX entre liberales y conservadores que empezó con la Administración Ford y tuvo su apogeo bajo el presidente Carter, con el liderazgo activo del senador Ted Kennedy (asesorado por el profesor —hoy juez del Tribunal Supremo— Stephen Breyer. En el lado opuesto, encontramos organizaciones no gubernamentales como la Consumer Federation of America, Common Cause o la Public Citizen de Ralph Nader.¹⁷ (Kahn, 2008)

Los movimientos ciudadanos se centraron en contrarrestar esta corrupción y captura de la Administración y de los políticos a través de

16. «Los funcionarios de la Administración tienen presente que sus días como funcionarios públicos no van a durar siempre y tienen la vista puesta en lo que harán cuando dejen el puesto. El único lugar seguro donde pueden obtener provecho de su experiencia y de sus contactos personales es el sector regulado por la Administración. Según la visión de algunos teóricos de la captura, los funcionarios, ansiosos por garantizar sus posibilidades futuras de empleo, elaboran políticas favorables a los intereses especiales regulados por esa administración. En resumen, los funcionarios se cuidan de los clientes para que los clientes se cuiden luego de ellos». Véase Schlozman y Tierney (1986). En Francia recibe el nombre de *pan-touflage*. Véase Mény (1994).

17. Kahn fue una celebridad nacional de la política desreguladora. Cfr. «Kahn and the Economist's Hour», en McGraw (1984).

medidas de mayor transparencia, del derecho al acceso a la información (tanto de las empresas como de la Administración), de la participación de los grupos en el procedimiento administrativo, etc., así como con la creación de nuevas administraciones para regular la seguridad vial, ambiental y laboral, entre otros aspectos (Derthick y Quirk, 1985).

4.2. *El derecho del ciudadano a conocer*

Quizás uno de los derechos humanos fundamentales que se han desarrollado en las últimas décadas —fruto de los movimientos ciudadanos— y que forma parte del corpus administrativo es lo que se ha denominado «el derecho del ciudadano a conocer». Si el derecho fundamental es el derecho a la vida, al final, sin una transparencia administrativa, información veraz y acceso garantizado, este derecho a la vida puede verse mermado por la inactividad de la Administración y la captura del regulador por la empresa regulada, al ocultarse o no detectarse los verdaderos riesgos (Brown, 2007)¹⁸ (contaminantes químicos, aditivos cancerígenos, etc.) (Graham, 2008).

Ello también ha comportado que el Gobierno y la Administración hayan reaccionado desarrollando un análisis coste-beneficio para evaluar peligros y riesgos para la salud o para el ambiente. Este modelo se ha denominado «estado coste-beneficio» (Sunstein, 2002; Parker, 2006; Kagan, 2001).¹⁹

Pero, sobre todo, las presidencias conservadoras y desreguladoras han potenciado el departamento de evaluación del coste e impacto de las regulaciones²⁰ para frenar el activismo regulador de las agencias y que ello no supusiera un coste desproporcionado respecto al beneficio a conseguir. Sin ningún tipo de duda, existe también un aspecto prorregulatorio en relación con los presidentes demócratas (Bressman y Vandenberg, 2006; Katzen, 2007). El principal poder regulatorio presidencial se sitúa en la Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA).²¹

Ahora bien, la asimetría de la información también ha transformado al derecho administrativo en un derecho y en un «estado evaluativo» donde

18. «La ciencia sola no produce una regulación adecuada para reducir los tóxicos. Fue un movimiento social concertado que comenzó en los 60 formado por latinos y negros quienes fueron pioneros en este campo» (p. 7). En la actualidad, el activo movimiento ambiental contra el cáncer de mama está haciendo aflorar información sobre las causas de este cáncer ligado a causas ambientales, especialmente al xenoestrógeno, que afecta a las hormonas. En esta línea, sobre los disruptores hormonales, véase el imprescindible estudio de Gutiérrez Rodríguez (2021).

19. Cabe decir que la evaluación del impacto de las normas ya se contemplaba en nuestra Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, con la previsión del artículo 129 de garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad, inspirada en la Administrative Procedure Act de 1946.

20. La OMB (Oficina de Gestión y Presupuesto). Véase Bressman y Vandenberg (2006).

21. La OIRA se halla dentro de la Office of Management and Budget (OMB), que es una agencia del gabinete ejecutivo del presidente. En septiembre de 2009, los senadores votaron 57-40 para nombrar al profesor de Harvard Cass Sunstein como el «zar regulatorio» en la OIRA.

las cifras de mortalidad en relación con las diferentes actividades económicas (seguridad vial, ambiental, etc.) se convierten en el elemento fundamental para el neointervencionismo administrativo. La rerregulación que se ha producido en las últimas décadas ha salvado vidas a través del derecho administrativo» (Graham, 2008; Kahan et al., 2006).

Esta tradicional falta de transparencia y sospecha de captura del regulador fue lo que provocó las primeras leyes de transparencia y acceso a la información, como la Freedom for Information Act de 1965 (FOIA) y la Sunshine Act de 1976, que supusieron una revolución en la transparencia administrativa y en sus procedimientos. Según el juez del Tribunal Supremo Brandeis, «la publicidad está precisamente encaminada a ser un remedio contra las enfermedades sociales e industriales. Se dice que la luz del sol es el mejor desinfectante. Y la publicidad ha jugado ya un papel importante en la lucha contra el poder económico» (Brandeis, 1914: cap. V).

En palabras de Breyer (juez de la Corte Suprema hasta que le substituyó Ketanji Brown Jackson, nombrada por Biden), la «FOIA es la rama más voluminosa y técnica del derecho administrativo federal» (Breyer et al., 2002: 879). La Ley incluye mecanismos para corregir los fallos de las agencias administrativas, proporcionando un mayor conocimiento público y un escrutinio de las prácticas administrativas y ofreciendo otros sistemas procedimentales, además del control judicial, para implicar a los ciudadanos en el Gobierno. Los pleitos más importantes han sido planteados por los grupos de interés público (Kreime, 2008).

En el mismo sentido, se ha afirmado que «la FOIA ha sido un modelo que se ha emulado en otros muchos países» y ya está considerada como un elemento inexcusable en un régimen democrático (Roberts, 2006). En cualquier acuerdo internacional o de integración regional son las propias administraciones norteamericanas las que recomiendan introducir estos nuevos derechos, incluso en los acuerdos del libre comercio. En la actualidad existe ya en la mayoría de países una regulación de este tipo de patrón norteamericano (Ackerman et al., 2006).²²

Culmina esta oleada reguladora en los años 70. En esta etapa destaca la regulación federal medioambiental con la creación de la EPA (Environmental Protection Agency) (Landy, Roberts y Thomas, 1994), la aprobación de las leyes del Aire Limpio y del Agua Limpia, la del Agua de Beber Segura, la de Suelos Contaminados o la Ley Nacional de Política Ambiental. Asimismo, se introducen nuevos procedimientos como el de evaluación de impacto ambiental (EIA). Todo ello fruto de los movimientos ecologistas.

22. Ver también Florini (2007), con el prólogo de J. E. Stiglitz. Hay que recordar que le dieron el Nobel de Economía por sus estudios sobre la asimetría de la información en los mercados financieros.

Estos movimientos van a dar una nueva y más amplia concepción de la seguridad como protección y seguridad integral, y lucharán por la defensa del derecho del consumidor. El movimiento social más destacado en múltiples campos lo liderará Ralph Nader (Martin, 2002).²³ El objetivo era juridificar la protección a través de la regulación en todos los sectores que afectan al derecho a la salud y a la vida de los ciudadanos y que ofrecían un número de víctimas mortales muy superior al de la criminalidad común. Hasta entonces, aquellas víctimas eran desconocidas o relativizadas en una economía basada en la productividad y los beneficios, y no en la seguridad de sus trabajadores, de sus consumidores y, en definitiva, de sus ciudadanos.

El libro de Nader *Inseguridad a cualquier velocidad* (1965) ya denunciaba un número muy superior de víctimas en accidentes de tráfico al de víctimas en la guerra del Vietnam o las ocasionadas por la criminalidad, lo que creó una conciencia de que debía primar la seguridad sobre los que se benefician con el negocio de la velocidad (Nader, 2002). Como resultado de tal clima, se creó la Agencia Nacional de Seguridad en la Circulación (National Highway Transportation Safety Administration) y las consiguientes regulaciones impuestas a la industria automovilística para introducir nuevos dispositivos de prevención (como el cinturón de seguridad).

No podemos olvidar tampoco el desarrollo de las regulaciones sobre seguridad alimentaria y composición de los productos, además de la expansión de la Food and Drug Agency (FDA), que se ha convertido en el regulador mundial de los medicamentos (Lumpkin et al., 2006) por prestigio y buena reputación, y la Consumer Product Safety Commission.

La Oficina de Información y Asuntos Regulatorios de la Administración Bush solicitó a la FDA que divulgara el tema de los ácidos grasos trans contenidos en muchos alimentos (Williams, 2007) en el panel de datos sobre la nutrición, afirmando que esta información podría evitar, a un coste relativamente bajo, hasta 17.000 casos de enfermedades coronarias al año.

Otro ejemplo puede hallarse en la transformación en 1975 de la Nuclear Regulatory Commission (sucesora de la Atomic Energy Commission creada en la Ley de la Energía Atómica de 1946 (Morales Plaza, 2009)). Los países que querían instalar centrales nucleares para uso energético civil tuvieron que cumplir los estándares y las regulaciones a que obligaban los EE. UU. Asimismo, muchos de sus protocolos provenían no solo del «estado administrativo» norteamericano, sino también de la vertiente «estado y comunidad» o más bien «estado privado», pues-

23. En palabras de Braithwaite, «Nader ha tenido una influencia más amplia en múltiples sectores que cualquier otro individuo en la historia de la globalización de la regulación de las empresas». Véase Braithwaite y Drahos (2000: 31).

to que eran empresas privadas norteamericanas las que desarrollaban dichos protocolos (normas de normalización).²⁴

Las denuncias del movimiento de Nader sobre los peligros de la radioactividad nuclear (e incluso adelantando acontecimientos sobre el terrorismo nuclear) y la captura del regulador (Braithwaite y Drahos, 2000: 301) se confirmaron con el accidente de la central nuclear en Three Mile Island (Harrisburg) en 1979, quedando así desacreditado el organismo regulador. Todo ello provocó una reacción de la industria privada, que, obviamente, había capturado a la agencia reguladora y había conseguido todos los objetivos de regulación laxa para su propio interés. Pero con este accidente y posteriormente con el de Chernobyl fueron las propias empresas las que se dieron cuenta de que tenían que autorregularse de forma más estricta y establecer un control mutuo, porque aprendieron que, al final en este *laissez faire* regulador, perdía la industria nuclear hasta llegar a la eliminación definitiva de la producción de esta energía.

Rees ha explicado cómo las mismas empresas cambiaron radicalmente de actitud, del inicial «yo no soy guardián de mi hermano» al principio de «todo lo que haga mi hermano me va a afectar» (principio de rehenes mutuos), porque todas las empresas nucleares eran rehenes unas de otras y cualquier accidente en una iba a hacer peligrar el mercado nuclear mundial. Ellas mismas establecieron un organismo regulador privado en 1980 (IMPO)²⁵ mucho más estricto que el desacreditado regulador público e introdujeron el principio según el cual, en el sector nuclear, debía primar la seguridad a la productividad o a la competencia.²⁶

También en los años 70 se crearon administraciones y regulaciones que, como la OSHA (Occupational Safety and Health Agency), implantaron una ingente regulación de prevención de riesgos laborales fruto de las reivindicaciones de los sindicatos. Así, según Brown (2007): «Existen más ejemplos en la historia de la seguridad en el trabajo y el movimiento por la salud, donde los trabajadores y los sindicatos han sido los primeros descubridores de los efectos dañinos de instalaciones y procesos productivos, así como de una variedad de toxinas» (Brown, 2007).

Se establece dentro de las empresas un departamento de prevención de estos riesgos y unos delegados de prevención, así como técnicos especialistas. Se les obliga a someterse a auditorías externas, sistemas de

24. Lo mismo ocurrió con la IATA y la regulación global del transporte aéreo. Véase Freeman (2003). Durante muchos años, algunos estándares de seguridad aérea han sido redactados por la empresa Boeing en Seattle. Véase Braithwaite y Drahos (2000: 301).

25. Institute of Nuclear Power Operations. En 1989 se transformó en un regulador privado global denominado WANO (World Association of Nuclear Operators).

26. Sobre este tema es sorprendente ver como en la UE, con la pretensión de imitar el derecho y la economía americanos, no ha observado el estrepitoso fracaso que supuso la experiencia de la desregulación de la electricidad en California en el año 2000. Veremos si hemos aprendido de todo ello para salir de la crisis de la energía en que estamos sumidos actualmente.

certificación y acreditación, etc.), lo cual redunda en una mayor seguridad y calidad. En definitiva, debemos remarcar que se extrapola el modelo administrativo diseñado por Landis y Frankfurter para la prevención de riesgos financieros y auditorías externas, ahora a los riesgos laborales y posteriormente a otros campos en la empresa (riesgos ambientales, prevención de riesgos de discriminación a los negros o a las mujeres, etc.) (Epstein, 2006).

Este modelo de corresponsabilidad empresarial en el cumplimiento activo de la regulación ha inspirado a las legislaciones de los países europeos (como la nuestra de riesgos laborales) y es una ulterior manifestación del origen colectivo de los procesos regulatorios y de la distinta participación del ciudadano en el proceso de garantía de su efectiva implantación (*enforcement*).

4.3. Regulando la responsabilidad social corporativa y los delegados de prevención de riesgos

La Corporate Social Responsibility es ya un instrumento impuesto en otros campos (social, derechos humanos, etc.) (Maassarani, 2007) por los movimientos sociales y que las empresas más dinámicas han sabido asimilar e incluso rentabilizar (Vogel, 2005). Es ya un signo de identidad ineludible en las empresas más modernas y competitivas.

Las agencias reguladoras empresariales han devenido aplicadores más significativos que la misma policía a causa de la mercantilización del mundo. En el siglo XX el mundo cambió hacia un modelo donde las cosas más relevantes —buenas y malas— se hacen por las corporaciones más que por actores individuales. (Braithwaite y Drahos, 2000: 114)

Como ya hemos dicho, en la actualidad se obliga a tener un sistema denominado «de autorregulación» (que en realidad es regulado) bajo supervisión gubernamental (Seligman, 1982), a través de la creación de un delegado de prevención de riesgos laborales o de riesgos ambientales (*environmental officer*), como una institución internalizada de autocontrol y vigilancia preventiva, además de las funciones que desarrolla la Administración pública inspectora (Revesz, Sands y Stewart, 2001).

Como observa Power, «lejos de ser una cuestión organizativa privada, la efectividad de los controles internos ha empezado a cobrar una importancia pública externa cada vez mayor» (Power, 2004: 25) y, según Ericson, «Las normas administrativas se convierten en parte de la estrategia defensiva de la gestión de cualquier tipo de riesgo» (Ericson, 2007: 18; Ericson y Haggerty, 1997). A lo que Fisher añade «este entor-

no regulador crea un papel radicalmente nuevo y ampliado para la Administración pública. La evaluación del riesgo se convierte no solo en una herramienta para convertir la incertidumbre en riesgo, sino también en una manera de gobernar las entidades mercantiles y sus directivos (Fisher, 2003).

Estos delegados (*officers*) vienen a representar, en el recinto hasta ahora impenetrable de la empresa y del *laissez faire*, a un personal hasta cierto punto independiente del empresario y que vela por la seguridad y el interés público (ambiental, laboral, etc.) (Breunung y Nocke, 1994).²⁷ Hawkings descubrió que los agentes de campo de una agencia antipolución sufrían fuertes presiones por los conflictos que genera desempeñar varios roles. El agente de campo puede ser en algunas ocasiones consultor y analista; en otras, investigador y policía; pero también debe ser negociador y juez, inspector, educador y un buen relaciones públicas (Edelman et al., 1991; Hawkins y Thomas, 1983).

Este nuevo sistema regulador donde la defensa del interés público se localiza en un departamento y en unos *officers* dentro de la empresa va a ser la característica más importante del nuevo derecho administrativo cada vez más extendido a otros sectores.²⁸ La empresa ha de cumplir la regulación, pero, además, ha de experimentar e innovar con nuevas políticas en esos ámbitos (promover la igualdad de la mujer, ambientales, etc.). Power denomina a esta figura en auge *chief risk officer*. Se trata de una «categoría ocupacional dentro del *management*, de la gestión pero también de la regulación del riesgo», que fusiona dos profesiones que hasta ahora se ignoraban: el gestor y el regulador dentro de la empresa.²⁹

Así pues, como ocurre con los delegados de prevención de riesgos financieros, laborales o ambientales, «los *officers* mantienen una tensión constante entre su papel público metarregulador y su función privada como agentes de la gestión de la empresa» (Power, 2005). Sin ninguna duda, el modelo regulador de los *officers* no es una huida del derecho administrativo, sino todo lo contrario. Se trata de un caballo de Troya en el recinto empresarial encargado de hacer cumplir las regulaciones y de experimentar e innovar nuevas fórmulas de cumplimiento para responder a problemas específicos de interés público ambiental, laboral, financiero, de discriminación positiva, etc. Obviamente, ante el

27. Asimismo, entre nuestra doctrina administrativista, ver los trabajos de autorregulación y gestión del riesgo de J. Esteve Pardo.

28. Sobre el cumplimiento por las empresas de las regulaciones sobre la OSHA y la EPA, véase Deily y Gray (2007).

29. Power (2005) y Kagan (1983): «There are no ‘Academies of Regulatory Enforcement’ comparable to modern police academies, no schools of regulatory justice comparable to schools of criminal justice. No novels or television series portray the moral crises of workplace safety or air pollution inspectors. [...] One step in that direction, perhaps, is to develop a sense of what is distinctive about regulatory law enforcement by contrasting it with the more familiar characteristics of law by police», p. 38.

problema del calentamiento del planeta, estos departamentos van a tener que realizar la evaluación y el control, además de la auditoría externa en su propia empresa, de la emanación, por ejemplo, de dióxido de carbono, además de experimentar con programas de innovación para reducir dicha contaminación.

Los movimientos ambientalistas (al igual que los de defensa ambiental o CERES o la coalición de inversores en mercados) demandan a la SEC que imponga a las empresas la obligación de auditar, evaluar y revelar los riesgos de afectación al cambio climático que sus actividades suponen en sus memorias anuales u otros documentos estratégicos. Por ello, deben revelar no solamente los riesgos de la actividad empresarial propiamente dicha, sino también los riesgos financieros, judiciales y, por supuesto, los riesgos ambientales o, lo que es lo mismo, su grado de responsabilidad en la emisión de gases de efecto invernadero. Los riesgos del calentamiento global y del cambio climático, así como el grado de participación de la empresa, suponen un peligro para el negocio. Ello es así, ya que protege al inversor y sus preocupaciones. Las empresas deben revelar los riesgos estratégicos que puedan afectarles y explicar a los inversores qué medidas se prevén para mitigarlos. Finalmente, el objetivo último es lograr un cambio en el comportamiento de las empresas y obligarlas a adoptar estrategias al respecto.

Para los economistas, el término *regulación* significa ‘trabas impuestas por el Gobierno a las empresas’. Según Phillips, «En la sociedad contemporánea, cualquier empresa debe confrontar el riesgo de la regulación gubernamental. En mi opinión, la única manera de evitar ese riesgo es moverse más rápido que el Gobierno. La alternativa a la regulación pública es la autorregulación inteligente» (Phillips, 2000).

4.4. *Arquitectura de la elección: regulación a través de la información*

La arquitectura de la elección, tanto si esta es buena como mala, es penetrante y cada vez más inevitable, en la medida en que afecta a nuestras decisiones. Los arquitectos de la elección pueden preservar la libertad de elección a la vez que empujan a la gente a situaciones que mejoren sus vidas (Thaler y Sunstein, 2008a: 252).

La investigación en el campo de la economía del comportamiento (*behavioural economics*) indica que los humanos tropiezan en su toma de decisiones de manera predecible, de manera que a menudo se puede corregir con un impulso adecuado por parte de la autoridad reguladora (Amir y Lobel, 2008).

No resulta ninguna coincidencia que un psicólogo, Kahneman, ganara el Premio Nobel de Economía en 2002. Cada vez con mayor frecuen-

cia la creencia de que los humanos tomamos decisiones racionales se manifiesta como una afirmación dudosa: «hay pocas dudas acerca de que el mayor enfoque teórico del *Law & Economics* en las últimas dos décadas no viene de ninguno de esos dos campos (ni derecho ni economía). Por el contrario, proviene de la disciplina conexas de la psicología cognitiva, que hoy toma la forma de *behavioural economics*» (Epstein, 2008; Sunstein y Kahneman, 2000). La ciencia jurídica más reciente centra la atención en la creación de políticas que tengan en cuenta los límites de la racionalidad humana.

Nudge, el libro de Thaler y Sunstein, da cuenta de los descubrimientos de la investigación de la conducta sobre la base de patrones humanos de decisión predecibles y basa el fundamento de la regulación a través de la arquitectura de la elección que tenga en cuenta estos errores humanos (Thaler y Sunstein, 2008a). Hallar los patrones que rigen nuestros tropiezos y diseñar sistemas que prevengan esos fallos conductuales comunes es el objetivo de dicho nuevo campo de la economía del comportamiento y la elección. Con el amplio conocimiento acumulado por científicos de ciencias sociales y psicología cognitiva, puede hallarse un modelo predictivo (Glimcher, 2004).

En la obra, Thaler y Sunstein analizan los tropiezos más recurrentes y la teoría de la arquitectura de la elección. De acuerdo con esta idea, el derecho debería poner el foco en la organización del contexto del proceso de decisiones, así como de las condiciones ambientales de los individuos que toman las decisiones. Estos conceptos están estrechamente relacionados con la mayoría de estudios regulatorios que pueden llamarse *new governance* en una vía intermedia entre la regulación tradicional (*command-and-control regulation*) y los mercados desregulados (Amir y Lobel, 2008).

De hecho, la tradición de introducción de transparencia en la actividad y en la gestión pública del derecho administrativo norteamericano se desarrolla y se expande con este paradigma. La regulación empezó cuando se creó la Comisión del Ferrocarril de Massachusetts (llamada Sunshine Commission) en 1869: «Una comisión que arrojaría luz sobre lo que hasta ahora eran los asuntos secretos de las empresas» (McGraw, 1984: 15).

El crac de 1929 desarrolló esta regulación en las leyes de la década de 1930 sobre el mercado de valores (*securities*) ampliando las obligaciones de *disclosure* sobre bancos y empresas (transparencia de la información y obligación de revelación de datos al público). En la actualidad—después de un largo período de desregulación— vemos cómo se intentan extender esas obligaciones para combatir la asimetría de la información, que tan perjudicial es para los ciudadanos:

Muchas de las implicaciones clave en el campo del comportamiento implican el diseño de una regulación menos intervencionista y más efectiva, pero estos sistemas no pueden tildarse de libertarios. También implican coste, tienen efectos distributivos y están inevitablemente guiados por valores. De forma parecida a como se hace en la obra *Nudge*, las propuestas pueden explicarse por unas mejores respuestas regulatorias a las externalidades, la necesidad de una coordinación planificada y central y una dimensión macro, más que por objetivos de protección paternalista. A causa tanto de los límites de esas soluciones correctoras a los fallos cognitivos como de los varios intereses contrapuestos que pueden existir en un determinado campo regulado, es importante identificar cuáles desafíos no pueden abordarse con esta llamada *new governance* y requieren de continuar adoptando el modelo tradicional de regulación. (Amir y Lobel, 2008)

Durante la actual crisis financiera se puso claramente en evidencia que América carecía de instituciones capaces de democratizar la información que debería estar a disposición de los consumidores. En Europa no ocurre esto gracias a un cuerpo de notarios que suministran seguridad jurídica a través de la fe pública. Tal y como ha remarcado Shiller, uno de los más reputados expertos:

[...] otra opción de garantía sería que cada prestatario contara con la asistencia de un notario. Tales notarios en material civil son una práctica común en muchos países, aunque no en Estados Unidos. En Alemania, por ejemplo, un notario es un profesional legal que lee e interpreta el contrato que va a suscribirse y ofrece asesoramiento legal a ambas partes antes de proceder a la firma. Esta función beneficia especialmente a aquellos que no tienen un asesoramiento objetivo. La participación de este notario —seleccionado por el Gobierno— en el proceso de concesión de hipotecas haría más difícil para prestadores sin escrúpulos dirigir a sus clientes hacia abogados de confianza que no advirtieran adecuadamente de los riesgos y los peligros de una operación. (Shiller, 2008: 134)

En definitiva, la moderna arquitectura de la decisión no regularía mediante prohibiciones legales directas (por ejemplo, no comercializar hipotecas multidivisas), pero —en consonancia con los errores que se producen en la gran mayoría de estas operaciones— garantizaría que el consumidor dispusiera de un conocimiento y de un asesoramiento adecuado para prevenir la adopción de decisiones irracionalmente arriesgadas u onerosas.

Por todo ello Thaler y Sunstein afirman que es crucial diseñar políticas que prevengan problemas similares en el futuro. El *behavioural economics* proporciona propuestas específicas aplicables no solo a las hipotecas, sino también a las tarjetas de crédito, las tarifas telefónicas, los préstamos para cursar estudios o la prescripción de medicamentos. La

idea básica es que, para productos financieros complejos, la regulación pública debería esforzarse en garantizar lo que podríamos llamar «transparencia simplificada». Esta propuesta ilustra la esencia de una regulación correcta desde el punto de vista del *behavioral economics*. El Gobierno no le impone a la ciudadanía lo que debe hacer. En vez de ello, intenta mejorar los mercados al hacer más factible que la gente tome buenas decisiones (Thaler y Sunstein, 2008b).

5. Lecciones para el derecho administrativo continental

Como es conocido, el derecho administrativo europeo surgió, a diferencia de lo que hasta ahora hemos visto, como un principio para reforzar al máximo el poder ejecutivo y administrativo. Por ello, la regulación anglosajona y la reglamentación francesa se nos antojan como del todo punto incomparables.

Una de las técnicas para reforzar esta administración centralizada y concentrada en Europa fue, desde el principio, la técnica de eludir el control judicial por parte del poder ejecutivo y su administración. Incluso ya la Revolución francesa y su régimen constitucional —que recuperó el viejo principio de la justicia retenida de la Iglesia católica y del Edicto de Richelieu— lo implantan inmediatamente con la famosa regulación de 1791, que se extendió por toda Europa y que prohibía a los jueces controlar los actos de la Administración o citar a declarar a los administradores públicos. Esta justicia «retenida»³⁰ y posteriormente «delegada»,³¹ donde la propia Administración (*Conseil d'État*) es juez y parte, no fue un mero paréntesis temporal o territorial circunscrito a Francia o a España, lo demuestra el hecho de que, hasta casi dos siglos después, permaneció en gran parte de Europa esta limitación del derecho a la garantía judicial efectiva del ciudadano ante la Administración. Ello queda de manifiesto en las destacadas sentencias iniciadas con Benthem contra Holanda del TEDH en 1986 (posteriormente contra Suecia, Austria, Suiza), que obligan a establecer un sistema de recurso judicial de los actos administrativos y unos tribunales judiciales contenciosos independientes, ya que hasta aquel momento solo existía un recurso administrativo ante la reina.³²

30. La justicia retenida se refiere a la existencia de unos tribunales administrativos (nombrados por la propia Administración) que únicamente realizan una propuesta de resolución no vinculante para el jefe del poder ejecutivo. Por lo tanto, este puede dictar una resolución sin estar sometido al órgano administrativo técnico pseudojudicial, llámese Consejo de Estado o Tribunal Administrativo.

31. La justicia delegada se refiere a la misma situación anterior, pero en este caso la resolución del tribunal es vinculante para el poder ejecutivo.

32. Véase un estudio de estas decisivas sentencias que han pasado desapercibidas, tanto por haber armonizado el derecho europeo (al margen de la UE y de su TJCE y paralelamente a

Pero en Europa, y en concreto en España, se pueden encontrar más ejemplos de técnicas para evitar el control judicial, como por ejemplo las siguientes:

- La expansión de la jurisdicción militar en asuntos administrativos y de seguridad. En el caso francés y español, como en otros, no solo existían unos tribunales administrativos nombrados por el mismo poder ejecutivo o gubernamental, sino que paralelamente tenían amplias competencias los tribunales militares compuestos por personal militar y, en definitiva, sometidos al poder gubernamental ejecutivo. Sus competencias no se circunscribían a meros asuntos militares, ya que, al existir una administración policial militarizada (Gendarmería o Guardia Civil), todas las actuaciones o los conflictos entre particulares y miembros de estos cuerpos, fuera el asunto que fuera (contrabando, impago de impuestos, alteración del precio de los productos, salubridad, etc.), podían fácilmente transformarse en delito militar de desobediencia a fuerza armada, insulto a fuerza armada, etc., y en las actuaciones desproporcionadas que cometían estos policías, la jurisdicción competente era la jurisdicción militar, donde la Administración y el Ejecutivo se convertían en juez y parte. Se protegían a las fuerzas policiales militares y se les atribuían amplias facultades discrecionales. Esta justicia militar era, por tanto, una pseudojusticia retenida o delegada, pero nunca un auténtico control judicial de la Administración.
- La autorización previa del Gobierno para procesar a un funcionario público. Cuando ya se había derogado el principio de 1791 de que los jueces tenían prohibido llamar a juicio a funcionarios públicos, se estableció una técnica más sutil para impedir el control judicial de la actuación de la Administración pública y de sus funcionarios, como es el requisito de autorización previa del Gobierno para que un juez pudiera procesar a un funcionario. Se trata de la implantación de la misma técnica de que disponen legítimamente los parlamentarios aforados, pero aquí abusivamente extendida a todos los funcionarios, donde el Gobierno disponía de un verdadero derecho de veto que impedía la investigación judicial de la actuación funcional, técnica que estuvo en vigor prácticamente hasta finales del siglo XIX.
- La cuestión previa administrativa. Era una técnica que podía alegarse ante cualquier juez o tribunal de cualquier orden (civil, penal

ellos) como por instaurar el control judicial de la Administración en múltiples países de Europa. Véase Padrós y Roca (1995). Cabe decir que Francia, al no haber firmado este artículo del Convenio, mantiene el sistema administrativo no judicial del Conseil d'État.

o contencioso administrativo) y que permitía bloquear o congelar la acción judicial. Con este mecanismo se permitía aducir, antes del enjuiciamiento, que existía una cuestión previa de tipo administrativo que solo correspondía resolver a la Administración.

- Los actos políticos o de gobierno. Mecanismo creado por el Consejo de Estado francés durante la etapa de la Restauración borbónica para excluir de recurso de exceso de poder los actos de la Administración y del Gobierno. Es decir, tales actos se consideraban inatacables judicialmente, puesto que estaban basados en «móviles políticos». A partir de 1875, el Consejo de Estado reduce los supuestos y los ciñe a los actos dictados en ejercicio de la función gubernamental diferente de la función administrativa.
- Secretos oficiales. Bajo este argumento se han clasificado materias que quedan de esta manera fuera del control judicial y que afectan a campos como la contratación administrativa, bajo el argumento que afecta a la seguridad nacional.
- Los conflictos jurisdiccionales. En un primer momento se trataba de un tribunal administrativo cuyos miembros eran nombrados por el Gobierno, con lo cual, al plantearse un conflicto jurisdiccional de competencia, se podía impedir que un juez o un tribunal activista tuviera autoridad sobre la cuestión. En la actualidad, aunque en España los conflictos los resuelve una institución especial, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, lo cierto es que la mitad de sus miembros no son magistrados, sino consejeros de Estado nombrados por el Gobierno.
- La falta de medios y de personal en los juzgados y en los tribunales contencioso-administrativos y penales. Una fórmula más sutil de impedir el control de la Administración es que haya pocos tribunales y que estos estén colapsados, lo cual provoca que un proceso pueda dilatarse durante años y en realidad se obstaculiza una fiscalización de la actuación de la Administración.
- La inexistencia de carrera judicial y de una permanencia de los puestos judiciales. Ello deslegitima y desprestigia la profesión de juez y así le debilita su autoridad y sus funciones inherentes de contrapoder y control del Gobierno y de la Administración pública. La misma temporalidad de los presidentes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional son una técnica perversa para impedir un control judicial efectivo. El ejemplo de la Corte Suprema norteamericana, donde los magistrados lo son de por vida, es el polo opuesto de la arquitectura constitucional y judicial que refuerzan el tercer poder del Estado imprescindible para la existencia de un estado de derecho y para su eficacia democrática. La garantía judicial efectiva pasa por una premisa ineludible como

es el juez de carrera, la no temporalidad ni precariedad, la disposición de medios y una autonomía económica.

En cambio, el derecho administrativo norteamericano surge del principio constitucional y administrativo contrapuesto, es decir, del principio pluralista y federal de *checks and balances*. La misma configuración de las agencias administrativas norteamericanas, independientes del poder ejecutivo, evidencia esta característica.³³ La Ley de Procedimiento Administrativo de 1946 va a concretar el principio de asegurar que una pluralidad de grupos pudiera participar en el procedimiento administrativo y, así, configurar una democracia deliberativa donde los diferentes grupos estén frenados y equilibrados mutuamente.

Estas dos características del derecho administrativo (independencia de las agencias y participación de los grupos en el procedimiento) y su ensamblaje dentro del sistema constitucional federal quedan perfectamente explicados por el profesor de Derecho Administrativo Landis, principal artífice y director de la Agencia Reguladora de Valores (SEC) de 1933:

[...] el procedimiento administrativo es, en esencia, la respuesta de nuestra generación a las insuficiencias del proceso judicial y legislativo. Representa nuestro esfuerzo para encontrar una respuesta a esas insuficiencias mediante otro método que no sea simplemente el de acrecentar el poder ejecutivo. Si la doctrina de la separación de poderes implica división, también implica equilibrio [*checks and balances*] y el equilibrio demanda igualdad. La creación del poder administrativo puede ser el medio para preservar ese equilibrio. (Landis, 1941)

El reto del derecho administrativo contemporáneo es el mismo que ha tenido el derecho administrativo norteamericano. Se trata de asegurar un sistema pluralista de participación de los grupos en el procedimiento, no tanto como una representación mecánica de diferentes intereses, sino para asegurar con esta participación una deliberación pública donde se busque una nueva solución fruto de esta deliberación colectiva. Las agencias y los tribunales independientes se han convertido en verdaderos aseguradores y árbitros de la deliberación colectiva. Los efectos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1946 ampliando «la revolución de los derechos» quedan expresados por Stewart:

[...] cada vez más la función del derecho administrativo no es la protección de la autonomía privada, sino la provisión de un proceso político sustitutivo para asegurar la equitativa representación de una amplia serie de intereses afecta-

33. Sobre la poca independencia de las agencias administrativas en España, véase Ballbé y Padrós (2001).

dos en el proceso de decisión administrativa. [...] El interés público es una estructura de múltiples hilos, no es un monolito y supone un equilibrio de muchos intereses. [...] Las Administraciones deben considerar todos los diversos intereses afectados por sus decisiones como un predicado esencial para equilibrar todos los elementos esenciales para una determinación justa del interés público.³⁴ (Stewart, 1975)

De toda esta efervescencia ha surgido otro campo de regulación (en este caso de regular al regulador) a través de los «códigos de buen comportamiento administrativo» (Ponce, 2005) y la nueva perspectiva del *management* público (Barzelay, 1992; 2001). Pero falta seguramente una comprensión global del origen y de papel de la *regulation* como forma de intervención administrativa. Y también sobre la funcionalidad del derecho administrativo como derecho del poder o como derecho frente al poder. Efectivamente, el derecho público ha sobrepasado los tradicionales ámbitos estatal y europeo y ha evolucionado hasta acontecer el derecho público hegemónico global, tanto desde una visión económica como de protección social.

En uno u otro lado del océano hemos de luchar por el mantenimiento del Estado de derecho, cuyo instrumento más eficaz es, y seguirá siendo, el sometimiento del Estado al derecho administrativo y podemos reconocer la existencia, en palabras de Mashaw, de una verdadera «Constitución administrativa» (Mashaw, 2012), ahora ya global.

Bibliografía

- ACKERMAN, J. et al. (2006), «The global explosion of freedom of information laws», *Administrative Law Review*.
- AMAN, A. (2006-2007), «Law, markets and democracy: A role for law in the neo-liberal state», *New York Law School. L.R.*
- AMIR, O. y LOBEL, O. (2008), «Stumble, Predict, Nudge: How behavioral economics informs law and policy», *Colum. L. Rev.*, 108.
- BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R. (2003), *Soberanía dual y Constitución integradora: La reciente doctrina federal de la corte suprema norteamericana*, Barcelona, Ariel.
- BALLBÉ, M. y PADRÓS, C. (2001), «Spanish independent authority and its role in a new competitive environment», en G. AMATO (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Edward Elgar.
- BARZELAY, M. (1992), *Breaking through the Bureaucracy: A new vision for managing in government*, Berkeley, University of California Press.
- (2001), *The New Public Management*, University of California Press.

34. Véase Aman (2006-2007) y Sunstein (1985; 1993).

- BARZILAY, A. R. (2008), «Women at work: Towards and inclusive the narrative of the rights of the regulatory state», *Harvard Journal of Law and Gender*, invierno.
- BERNSTEIN, D. (2012), *Rehabilitating Lochner: Defending individual rights against progressive reform*, University of Chicago Press.
- BILDER, M. S. (2017), *Madison's hand. Revising the Constitutional Convention*, Columbia.
- BOBBITT, P. (2003), *The Shield of Achilles: War, Peace and the course of History*, Nueva York, Anchor Books.
- BORIS, E. (2008), «Labor's welfare state: Defining workers, constructing citizens», en M. GROSSBERG y C. TOMLINS (eds.), *The Cambridge History of Law in America*, vol. III, p. 332.
- BRAITHWAITE, J. y DRAHOS, P. (2000), *Global Business Regulation*, Cambridge University Press.
- BRANDEIS, L. D. (1914). *Other People's Money and How the Bankers Use It*. New York, Frederick A. Stokes.
- BRESSMAN, L. y VANDENBERGH, M. (2006), «Inside the administrative state: A critical look at the practice of presidential control», *Michigan Law Review*, núm. 105.
- BREUNUNG, L. y NOCKE, J. (1994), «Environmental Officers: A viable concept for Ecological Management?», en G. TEUBNER, L. FARMER y D. MURPHY, *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organization*, Wiley and Sons.
- BREYER, S., STEWART, R., SUNSTEIN, C. y SPITZER, M. (2002), *Administrative law and regulatory policy*, Aspen Law and Business.
- BROWN, P. (2007), *Toxic exposures: Contested illnesses and the environmental health*, Columbia University Press.
- COURVILLE, S., PARKER, C. y WATCHIRS, H. (1997), «Introduction: Auditing in regulatory perspective», *Law and Policy*, vol. 25(3) (julio).
- DEILY, M. y GRAY, W. (2007), «Agency structure and firm culture: Osha, EPA and the steel industry», *Journal of Law, Economics and Organization*, núm. 23.
- DERTHICK, M. y QUIRK, P. (1985), *The politics of deregulation*, The Brookings Institute.
- DUDZIAK, M. (2008), «Making law, making war, making America», en M. GROSSBERG y C. TOMLINS (eds.), *The Cambridge History of Law in America*, vol. III, p. 703.
- EDELMAN, L. et al. (1991), «Legal ambiguity and the politics of compliance: Affirmative action officer's dilemma», *Law and Policy*, vol. 13(1), p. 78.
- (1999), «Legal ambiguity and the politics of compliance: Affirmative action officer's dilemma», *Law and Policy*, vol. 13, núm. 1 (enero).
- EPSTEIN, R. (2006), *How progressives rewrote the Constitution*, Cato Institute.
- (2008), «The neoclassical economics of consumer contracts», *92 Minn.L.Rev.*, núm. 803.
- ERICSON, R. (2007), *Crime in an insecure world*, Polity.

- ERICSON, R. y HAGGERTY, K. (eds.) (1997), *Policing the risk society*, Oxford University Press.
- ESKRIDGE, W. (2002), «Some effects of identity-based social movements on constitutional law in the Twentieth century», *Michigan Law Review*, vol. 100.
- FISHER, L. (2003), «The rise of the risk commonwealth and the challenge for administrative law», *Public Law*, p. 445.
- FLORINI, A. (ed.) (2007), *The Right to Know: Transparency for an Open World*, Columbia, con el prólogo de J. E. Stiglitz.
- FREEMAN, J. (2003), «Extending public law norms through privatization», *Harvard Law Review*, núm. 116.
- GLIMCHER, P. (2004), *Decisions, Uncertainty, and the Brain: The Science of Neuroeconomics*, MIT Press.
- GRAHAM, J. (2008), «Saving lives through administrative law and economics», *University of Pennsylvania Law Review* (diciembre).
- GUAYO CASTIELLA, I. del (2017), *Regulación*, Madrid, Marcial Pons.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, E. (2021), *Emociones y género en la Era del Plástico: Implosión reguladora*, Universo de Letras.
- HAMILTON, J. (2005), *Regulation through revelation*, Cambridge University Press.
- HARLOW, C. y RAWLINGS, R. (1992), *Pressure Through law*, Londres y Nueva York, p. 76-77.
- HAWKINS, K. y THOMAS, J. (ed.) (1983), *Enforcing regulation*, Kluwer Pub.
- PHILLIPS, H. (2000), en J. MAXWELL et al., «Self-regulation and social welfare: The political economy of corporate environmentalism», *Journal of Law and Economics*, 43 (octubre), p. 583.
- JIMÉNEZ TELLO, P. (2009), *Auditoría Universitaria y Calidad: La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global*, VDM Verlag.
- JOHNSTONE, R. y MITCHELL, R. (2004), «Regulating Work», en C. PARKER, C. SCOUT, N. LACEY y J. BRAITWAITE (ed.), *Regulating law*, Oxford, p. 101.
- KAGAN, E. (2001), «Presidential Administration», *Harvard Law Review*, 114.
- KAGAN, R. (1983), «On regulatory inspectorates and police», en K. HAWKINS y J. THOMAS (ed.), *Enforcing regulation*, Kluwer Pub.
- KAHAN, D., SLOVIC, P., BRAMAN, D. y GASTIL, J. (2006), «Fear of democracy: A cultural evaluation of Sunstein Risk», *Harvard Law Review*, 119, p. 1071.
- KAHN, A. (2008), «The Threat of latter-day progressives to an authentically liberal economic policy», *Reg-Markets Center* (enero).
- KATZEN, S. (2007), «A reality check on an empirical study: Comments on “Inside the Administrative State”», *Mich.L.Rev*, 105.
- KREIME, S. (2008), «The FOIA and the ecology of transparency», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 10, p. 1011
- LANDIS, J. (1941), *The administrative process*, Yale University Press.
- LANDY, M., ROBERTS, M. y THOMAS, S. (1994), *The environmental protection agency: Asking the wrong questions: From Nixon to Clinton* [edición ampliada].

- LUMPKIN, M. et al. (2006), «The FDA goes global», *FDA Consumer*, vol. 40, p. 68 y ss.
- MAASSARANI, T. (2007), «Extracting corporate responsibility: Towards a human rights impact assessment», *Cornell Int'l L.J.*, vol. 40, p. 135.
- MARTIN, J. (2002), *Nader-Crusader-Spoiler-Icon*, Perseus Publishing.
- MASHAW, J. (2012), *Creating the administrative Constitution: The lost one hundred years of American Administrative Law*, Yale University Press.
- MAYER, D. (2009), «The myth of laissez-faire constitutionalism: Liberty of contract during the Lochner Era», *Hastings Const. L. Q.*, núm. 36 (invierno).
- MCGRAW, T. (1984), *Prophets of Regulation*, Belknap Harvard.
- MCNOLLGAST (1999), «The Political origins of the Administrative Procedure Act», *Journal of Law Economics and Organizations*, vol. 15.
- MÉNY, Y. (1994), *La corruption de la République*, París.
- MONTERO PASCUAL, J. J. (2018). *Regulación Económica*, 3.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- MORALES PLAZA, A. (2009), *La regulación nuclear globalizada*, La Ley-Wolters Kluwer.
- MOYNIHAN, D. P. (1992), *On the law of nations*, Harvard.
- MYRES, S. (1986), *Westering Women and the frontier experience 1800-1915*, University of New Mexico Press, p. 215.
- NADER, R. (2002), *Crashing the party: Taking on the corporate government in an age of surrender*, Thomas Dunne Books.
- OBAMA, B. (1990), «Why organize?: Problems and promise in the inner city», en P. KNOEPFLE (ed.), *After Alinsky: Community organizing in Illinois*, Sangamon State University.
- (2004), *Dreams of my father*, Three Rivers Press.
- PADRÓS, C. y ROCA, J. (1995), «La armonización judicial en el control de la Administración: El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RAP*, núm. 136.
- PARKER, R. (2006), «The empirical roots of the regulatory reform movement: A critical appraisal», *Administrative Law Review*, 58, p. 359 (primavera).
- PECHMAN, C. (1994), *Regulating power: The economics of electricity in the information age*, Boston, p. 178.
- PECKHAM, J. (1905), Opinion of the Court, *Lochner v. New York*, núm. 292.
- PESTRITTO, R. (2007), «The progressive origins of the administrative state: Wilson, Goodnow, and Landis», *Social Philosophy and Policy*, vol. 24
- PONCE, J. (2005), «Good administration and administrative procedures», *Ind.J.Global Legal Stud.*, núm. 12.
- POST, R. (2005), «Affirmative action and higher education: The view from somewhere», *Yale Law and Policy Review*, núm. 23.
- POWER, M. (1999), *The Audit Society: Rituals of Verification*, Clarendon Press.
- (2004), *The risk management of everything: Rethinking the politics of uncertainty*, Londres, Demos.
- (2005), «Organizational responses to risk: The rise of the chief officer», en HUTTER et al. (ed.), *Organizational encounters with Risk*, Cambridge.

- RABKIN (1980), «Office for Civil Rights», en J. WILSON (ed.), *The Politics of Regulation*, Harper, p. 305.
- REVESZ, R., SANDS, P. y STEWART, R. (2001). *Environmental Law the economy and sustainable development: The United States, the European Union and the International Community*, Cambridge University Press.
- ROBERTS, A. (2006), *Blacked Out: Government secrecy in the information age*, Cambridge.
- SCHLOZMAN, K. y TIERNEY, J. (1986), *Organized Interests and American Democracy*, Nueva York, p. 342.
- SELIGMAN, J. (1982), *The transformation of Wall Street: A history of the Securities and Exchange Commission and modern corporate finance*, Houghton Mifflin Co.
- SHILLER, R. (2008), *The subprime solution*, Princeton UP, p. 134.
- SIEGEL, R. (2006), «Constitutional culture, social movements conflict and constitutional change: the case of the de facto era», *California Law Review* (octubre).
- SILBER, W. L. (2007), *When Washington shut down Wall Street: The Great Financial Crisis of 1914 and the origins of America's Monetary Supremacy*, Princeton University Press.
- STEWART, R. (1975), «The reformation of american administrative law», *Harvard Law Review*, vol. 88.
- STONE, C. (1975), *Where the law ends: The social control of corporate behavior*, Harper Torchbooks.
- STRUM, P. (1995), *Brandeis on Democracy*, U. P. Kansas.
- SUNSTEIN, C. (1985), «Interest groups in American Public Law», *Stanford Law Review*, vol. 38, 29.
- (1987), «Constitutionalism after the New Deal», *Harvard Law Review*, 101, p. 450.
- (1993), *After the rights revolution: Reconceiving the regulatory state*, Harvard University Press.
- (2002), *The cost-benefit state: The future of regulation protection*, ABA.
- (2004), *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, p. 258.
- SUNSTEIN, C. y KAHNEMAN, D. (2000), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge.
- SUSMAN, T. (2006), «Lobbying in the 21st Century-Reciprocity and the need for reform», *Administrative Law Review*, 58, fall.
- THALER, R. y SUNSTEIN, C. (2008a), *Nudge: Improving decisions about health, weath, and happiness*, Yale U. P., p. 190.
- (2008b), «Economic policy for humans», *Boston Globe* (17 de abril).
- THORNDIKE, J. (2001), «Reforming the Internal Revenue Service: a comparative history». *Administrative Law Review*, vol. 50, p. 719.
- VISCUSI, W. (2002), *Regulation through Litigation*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies.
- VOGEL, D. (2005), *The market for virtue: The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*, Brookings.

- WILLIAMS, C. (1999), «The Securities and Exchange Commission and corporate social transparency», *Harvard Law Review*, 112, p. 1209.
- (2007), «Safe but not wholesome: The troubling state of trans fat regulation», *Journal of Food Law and Policy*.