

**El Derecho Administrativo y la
legitimidad democrática: confrontando
el poder ejecutivo y el Estado
contractual**

Susan Rose-Ackerman

Susan Rose-Ackerman

Profesora Henry R. Luce de Derecho y Ciencia Política en la Universidad de Yale. Doctorado en Economía por la Universidad de Yale; ha enseñado en la Universidad de Pensilvania y de Columbia. Ha ganado una beca Guggenheim y una Fulbright, y ha sido académica investigadora visitante en el Banco Mundial. Ha escrito profusamente sobre temas de economía política, transiciones democráticas, derecho, economía y corrupción. Sus libros más recientes son: "Corrupción y gobierno" (traducido a 13 idiomas, incluyendo español y portugués); y "Desde las elecciones a la democracia: construyendo un gobierno que rinde cuentas en Hungría y Polonia". Ha editado libros sobre la transición en Europa del Este; publicó un Manual de Economía y Corrupción, y una colección titulada "Economics of Administrative Law".

Las comunicaciones con la autora pueden dirigirse a:

Yale Law School

P.O. Box 208215

127 Wall Street

New Haven, CT 06520-8215

Estados Unidos

Tel.: (1203)4324891

Fax: (1203)4328260

E-mail: susan.rose-ackerman@yale.edu

<http://www.law.yale.edu/faculty/SRose-Ackerman.htm>

La agenda de la reforma del Estado en materia de consolidación de la democracia necesita incluir la reforma del Derecho Administrativo como un camino para profundizar la legitimidad democrática y la capacidad del gobierno para rendir cuentas o responder por sus acciones.

El Derecho Administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual *

La legislación administrativa está profundamente entrelazada con el proceso de elaboración de políticas y con la política. Sin embargo, los académicos del Derecho Administrativo tienden a flotar por sobre el paisaje político y administrativo y se concentran en el carácter formal de la ley y en las estructuras de la relación Estado/sociedad. Los académicos del Derecho Administrativo comparado parecen a veces estar desligados de la realidad política y económica contemporánea y de los problemas que la administración pública vive en el día a día.

El proyecto en el cual estoy trabajando intenta cubrir ese vacío y busca temas comunes a través de los cuales puedan dialogar, justamente, las perspectivas de la Ciencia Política, la Administración Pública, la Economía y el Derecho Público. Es una agenda muy amplia; por lo tanto, pretendo considerar sólo el tópico que se relaciona con la elaboración de políticas públicas y el Derecho Administrativo.

Las agencias públicas hacen algo más que implementar la ley en casos particulares; también elaboran políticas a partir de normas y orientaciones generales. La agenda de la reforma del Estado en materia de consolidación de la democracia necesita incluir la reforma del Derecho Administrativo como un camino para profundizar la legitimidad democrática y la capacidad del gobierno para rendir cuentas o responder por sus acciones.

Existe cierta urgencia en esta tarea como producto de tres tendencias globales que parecieran empujar en direcciones diferentes.

Recibido: 30-07-2008. Aceptado: 25-10-2008.

(*) Conferencia Magistral presentada en el XIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Buenos Aires, Argentina, 4 al 7 noviembre de 2008. Traducido del inglés por **Sonia Sescovich**. Título original: "Administrative Law and Democratic Legitimacy: Confronting Executive Power and the Contracting State".

En primer lugar, está creciendo la imposición del poder ejecutivo; en segundo lugar, se incrementa también el uso de entidades privadas y semi-privadas para el cumplimiento de propósitos públicos; y, en tercer lugar, crece el uso de agencias independientes para realizar tanto la regulación sustantiva de las organizaciones privadas como el monitoreo de las agencias públicas.

Estas tres tendencias debilitan el rol central del servicio civil profesional como implementador de metas definidas estatutariamente. La imposición del poder ejecutivo puede socavar tanto las prerrogativas legislativas como la rendición de cuentas democrática en la elaboración de políticas gubernamentales. El traspaso de poder hacia entidades privadas y semi-privadas requiere ser estructurado cuidadosamente para impedir que mine la responsabilidad pública en los programas gubernamentales. La utilización de agencias independientes, por su parte, puede colocar ciertas actividades regulatorias más allá del alcance de la burocracia central y del gabinete ministerial.

En los sistemas democráticos, la capacidad del gobierno para rendir cuentas de sus acciones constituye un aspecto importante de la soberanía popular. Es una fuente de legitimidad política. Lo es en tres sentidos, y todos ellos involucran al Derecho Administrativo (Rose-Ackerman, 2005). Estos sentidos son los siguientes: primero, la rendición de cuentas por su desempeño; segundo, la rendición de cuentas por la elaboración de las políticas; y, por último, la rendición de cuentas relacionada con el ejercicio de los derechos.

El primer sentido de "accountability" requiere que el Estado desarrolle programas de forma competente utilizando expertos profesionales de manera tal que pueda asegurar un alto nivel de eficiencia e integridad en el servicio público. Las metas establecidas por los actores políticos deberían ser alcanzadas con base en la modalidad del costo-efectividad utilizando todo el saber especializado que sea necesario para cumplir con las tareas. La palabra clave, aquí, es "competencia". Implica tanto la utilización de expertos como la existencia de un cuerpo civil de funcionarios bien capacitados que no caigan en algunas de las tentaciones que se les pueden presentar, ya sean éstas las ofertas de corrupción, o la de malversación de fondos, o aquéllas que provienen de los conflictos de interés (Rose-Ackerman, 1999). Llamemos a esto "responsabilización por el desempeño". Esto requiere tanto de transparencia -que permita que

La responsabilización por la elaboración de políticas va más allá del tema de la competencia y de la honestidad, para incluir el ejercicio de la discrecionalidad en cuanto a las políticas sustantivas.

las personas externas a la administración puedan ver lo que los funcionarios públicos están haciendo- como de medios que obliguen a los funcionarios a hacerse responsables si su rendimiento es pobre o si operan fuera de la ley.

En la segunda acepción, y moviéndonos un paso atrás, el proceso de elaboración de políticas en sí mismo debería responder a los valores democráticos. Existen dos formas de lograr dicha capacidad de rendir cuentas o de hacerse responsable por sus acciones. Un camino es lograrlo a través de las leyes que aprueban las asambleas y los referendos, ámbitos en los cuales las elecciones proporcionan una relación con la opinión pública.

El otro camino tiene que ver con nuestro interés personal en este momento; se centra en aquel proceso de elaboración de políticas que ocurre al interior del gobierno/poder ejecutivo o en sus instituciones dependientes, proceso en el cual no hay un involucramiento directo del poder legislativo ni el uso del referendo. Llamémoslo "responsabilización por la elaboración de políticas", esto es, la delegación del proceso de elaboración de políticas a través de normas con fuerza de ley o instrumentos similares tales como decretos y lineamientos. La responsabilización por la elaboración de políticas va más allá del tema de la competencia y de la honestidad, para incluir el ejercicio de la discrecionalidad en cuanto a las políticas sustantivas. Este camino reconoce el valor de delegar la autoridad relacionada con la elaboración de políticas hacia expertos, burócratas o políticos de la rama ejecutiva, pero al mismo tiempo reconoce la necesidad de asegurar el ejercicio democrático del poder. Los cuerpos legales, frecuentemente, son vagos y poco claros, y dejan muchos temas difíciles concernientes a las políticas para que sean resueltos en la etapa de implementación (Rose-Ackerman, 1995; Rothstein, 2004). Además, en algunos sistemas, la cabeza del Estado y del gobierno puede elaborar políticas sin la autorización previa del poder legislativo. Sus decretos, en este caso, tienen inmediata fuerza de ley, aun cuando puedan requerir una ratificación posterior del poder legislativo (Carey y Shugart, 1998). Ambos ejercicios de la autoridad ejecutiva están abiertos al abuso, y la legislación administrativa es una forma de proporcionar un nivel de control.

El Derecho Administrativo ayuda, también, a asegurar un tercer tipo crucial de legitimidad, denominada "responsabilización basada en los derechos", que no está condicionada a la soberanía popular. Más bien se concentra en el Estado como actor poderoso que puede llegar a violar los derechos individuales. Una tarea del Derecho

A veces, el problema no es que exista demasiada autoridad centralizada, sino muy poca. Un sistema federal puede contar con escasa coordinación en la cima, e incluso los Estados unitarios pueden crear cuerpos independientes y delegar autoridad hacia entidades privadas que a veces sólo representan el interés público de manera problemática.

Administrativo es, justamente, limitar estas violaciones, ya sea reforzando una lista escrita de derechos constitucionales o bien aplicando conceptos jurídicos tales como "justicia natural" o *principles généraux du droit* (Nicholas, 1970). En los Estados Unidos, la Carta de los Derechos juega este rol, y en Europa, la Convención Europea de los Derechos Humanos (ECHR, por sus siglas en inglés) está comenzando a tener fuerza por sobre las constituciones nacionales, especialmente en el Reino Unido, país en el cual no existe una constitución escrita. La protección de los derechos, indudablemente, constituye un rol fundamental a cumplir por parte de las cortes de justicia para limitar el poder del Estado y sus agentes. Sin embargo, al sobre-enfatizar este aspecto del Derecho Administrativo, algunos comentaristas han disminuido la importancia de otras formas en las que éste puede ayudar a la legitimidad pública. Una comprensión más realista de los imperativos políticos, de los incentivos burocráticos y de la operación del sector privado sugiere los méritos que puede tener el hecho de tener cortes que ayuden a establecer límites políticos en el proyecto de construcción de la democracia.

En el resto de la exposición me centraré en la responsabilización por el proceso de elaboración de políticas (*policymaking accountability*). Un rasgo clave de las democracias modernas es la delegación de la autoridad en el ámbito de la formulación de políticas desde el poder legislativo hacia el ejecutivo, e incluso, a veces, hacia agencias independientes, tribunales especializados, cuerpos semi-gubernamentales o entidades completamente privadas. Para Estados que tienen en su pasado períodos de gobierno autoritario, como muchos de los Estados en América Latina, dicha delegación puede constituir una práctica riesgosa que puede conducir al surgimiento de una presidencia de tipo imperial. El riesgo puede parecer menor en sistemas puramente parlamentarios. Sin embargo, en sistemas parlamentarios tales como la Francia de Vichi o la Alemania Nazi, una amplia delegación de la autoridad legislativa permitió que se estableciera un sistema autoritario a través de medios nominalmente legales (Schwartz, 1954). Limitar la delegación es un tema de significación constitucional en todas las democracias.

Es importante tener presente que, a veces, el problema no es que exista demasiada autoridad centralizada, sino muy poca. Un sistema federal puede contar con escasa coordinación en la cima, e incluso los Estados unitarios pueden crear cuerpos independientes, tales como bancos centrales y juntas reguladoras, y delegar autoridad

El tema del diseño institucional plantea la necesidad de esforzarse por minimizar los problemas reales generados por la falta de presupuesto y el riesgo de captura, y maximizar la eficacia de la elaboración de políticas en ámbitos externos al poder legislativo.

hacia entidades privadas que a veces sólo representan el interés público de manera problemática. Sea cual sea el riesgo, los poderes legislativos a través del mundo creen que los beneficios de la delegación son más altos que los costos, y algunas constituciones exigen un cierto grado de devolución y delegación a través del federalismo y especificando agencias reguladoras.

Algunos científicos políticos sugieren un buen número de razones por las cuales la decisión de delegar puede chocar con los valores democráticos. Así, algunos argumentan que la delegación legislativa representa sólo un esfuerzo por servirse a sí mismos desde el momento en que saca las opciones más difíciles de las manos de los legisladores y las deja en manos de los burócratas y del presidente (Wilson, 1980; Fiorina, 1982)¹. Otros reclaman que la delegación hacia las agencias, especialmente si se trata de agencias independientes, es una manera a través de la cual los legisladores pueden favorecer a grupos de interés particulares de una manera menos transparente que aprobando estatutos abiertamente parcializados en relación con dichos grupos (Stigler, 1971; Posner, 1974; Peltzman, 1976).

Estos críticos argumentan que las agencias que tienen un solo objetivo regulador arriesgan ser capturadas por las mismas industrias que se supone deben regular o, incluso, plantean que dicha captura no era más que el efecto que originalmente se proponía la ley². Dichos argumentos sugieren que las cortes, en lo que respecta a aceptar el rol de preservar la democracia, deberían mirar de manera más escéptica el proceso amplio de delegación.

Sin embargo, estas perspectivas críticas no constituyen toda la historia. Muchas políticas contemporáneas no pueden ser tratadas en detalle, responsablemente, por un cuerpo legislativo generalista que siempre tiene un tiempo limitado y que cuenta con una gran cantidad de temas en su agenda. Esto significa que existen muchas razones funcionales que justifican el entregar la responsabilidad por la elaboración detallada de ciertas políticas a cuerpos que tengan la experticia y el tiempo para hacerlo adecuadamente y que, además, tengan la flexibilidad para adaptarse a circunstancias cambiantes. Si aceptamos esa lógica, entonces el tema del diseño institucional plantea la necesidad de esforzarse por minimizar los problemas reales generados por la falta de presupuesto y el riesgo de captura, y maximizar la eficacia de la elaboración de políticas en ámbitos externos al poder legislativo.

Pero aquí entra en juego una pregunta esencial: ¿de qué manera el Derecho Administrativo puede limitar las tendencias autoritarias sin matar el ejercicio válido de la discrecionalidad?

Por supuesto, muchos estatutos intentan lograr este objetivo a través de un lenguaje detallado que les permite especificar los resultados de las políticas y los procedimientos requeridos, pero esto no siempre es posible ni tampoco deseable. Por el contrario, el Derecho Administrativo necesita operar de tal modo que la vigilancia jurídica fortalezca la democracia más que restringirla a través de requerimientos formales y rígidos.

Sin embargo, algunos argumentan que las decisiones legislativas de delegar son únicamente opciones políticas que deben permanecer más allá del alcance de las cortes. Bajo esta perspectiva, cuando el gobierno formula políticas, ya sea bajo algún estatuto o en tanto materia independiente, las cortes no tienen ningún papel que jugar. Un tribunal constitucional puede normar sobre cuestiones constitucionales, pero en otras circunstancias las cortes deben mantenerse al margen. Así como éstas no dudan en reconocer la sabiduría que encierra la promulgación de leyes para satisfacer requerimientos constitucionales, de la misma manera consienten en delegar a otros cuerpos la elaboración de políticas, dondequiera que ellos estén localizados en la estructura institucional.

Esta posición me parece fundamentalmente defectuosa. Ella ignora los peligros de la delegación que señalamos con anterioridad, tratándolos como si fueran problemas de importancia menor o como problemas que pueden ser adecuadamente resueltos por el parlamento. Si dichos problemas son, en cambio, hechos esenciales de la delegación, entonces deberían ser enfrentados por las cortes -especialmente aquellas de competencia constitucional o administrativa-, teniendo una especial responsabilidad en la vigilancia de la autoridad que encabeza el proceso de elaboración de políticas fuera del poder legislativo en lugar de ser tratados en los departamentos ejecutivos, en agencias independientes o en cuerpos privados. En otras palabras, deberían reconocer la inevitabilidad y el valor de la delegación, pero al mismo tiempo, deberían preocuparse de limitar su ejercicio. Por supuesto, ello implica que las cortes son, al mismo tiempo, competentes pero con una jurisdicción limitada, de tal forma que su vigilancia tenga un límite que permita asegurar, de ese modo, el control democrático y evitar las inclinaciones políticas de los jueces.

Una opción es la de limitar el dictado de normas con fuerza de ley en aquellas áreas de delegación estatutaria, ya sea ésta implícita o explícita, y luego exigir requerimientos procesales que aseguren el *input* público.

Lograr este equilibrio puede resultar difícil, pero una opción es la de limitar el dictado de normas con fuerza de ley en aquellas áreas de delegación estatutaria, ya sea ésta implícita o explícita, y luego exigir requerimientos procesales que aseguren el *input* público.

El Acta de Procedimientos Administrativos (APA), sección 553, de los EE.UU. y la jurisprudencia subsecuente es el ejemplo más claro de este tipo de vigilancia, pero no es la única respuesta posible. Dicha Acta fue aprobada en 1946 como reacción a la expansión del Nuevo Trato en el marco de un Estado regulador; sin embargo, alcanzó una amplia aceptación como medio para garantizar el *input* público en la elaboración de políticas de la rama del poder ejecutivo. Los departamentos ejecutivos y las agencias independientes pueden emitir muchos tipos de documentos, desde guías para interpretar normas hasta declaración de políticas; pero si desean que tales documentos tengan fuerza de ley, deben cumplir con ciertos procedimientos. De otra manera, las políticas podrían quedar abiertas a la recusación. Bajo la normativa del APA, la agencia debe proporcionar información pública e implementar procesos que sean abiertos al juicio externo, y debe, además, declarar las razones por las cuales se emitió la norma. Este conjunto de condiciones se hace eco de aquellos requerimientos que existen en muchos sistemas legales toda vez que el Estado emprenda alguna acción a través de una "ley administrativa" y cuando dicha acción afecta a los individuos, como es el caso, por ejemplo, de expedir una licencia, tomar una propiedad privada o despedir a algún funcionario público.

Sin embargo, esta estructura convencional significa algo totalmente diferente en el contexto de la elaboración de normas. En verdad, es más probable que los participantes en este proceso sean individuos o empresas directamente beneficiados o perjudicados por la norma, tal como en el caso de un acto administrativo individual (Yackee y Yackee, 2006). Sin embargo, el significado más amplio del APA es el de colocar limitaciones de procedimiento en el proceso de elaboración de políticas, de forma tal que dicho proceso sea relativamente transparente y abierto a quien quiera participar y permita dejar un registro de que ha sido una opción razonada o justificada.

La revisión judicial, entonces, controla que el proceso haya sido el adecuado, que el resultado sea consistente con el estatuto y que la opción sustantiva no sea "arbitraria ni caprichosa"³. Una norma legalmente obligatoria no puede ser promulgada sin autorización estatutaria, pero el poder legislativo es libre de garantizar una amplia discrecionalidad a la agencia⁴.

Ningún otro país industrializado tiene el nivel de revisión judicial de las normas con fuerza de ley que existe en los EE.UU., pero algunos han desarrollado rutas alternativas para revisar la elaboración de políticas al interior del poder ejecutivo.

Se permite una revisión de la sustancia; la revisión del proceso se centra en su legitimidad democrática en términos tanto del procedimiento administrativo como de la consistencia con el estatuto aprobado democráticamente.

Esta estructura permite encontrar un equilibrio entre el respeto judicial a la opción política de la legislatura -incluyendo la opción de cuánto se va a delegar- y una supervisión más minuciosa de los procedimientos que informan e involucran al público. Esencialmente, deja la última decisión de política en manos de la autoridad pública.

Ningún otro país industrializado tiene este nivel de revisión judicial de las normas con fuerza de ley, pero algunos han desarrollado rutas alternativas para revisar la elaboración de políticas al interior del poder ejecutivo. En Francia, hasta 1946, los decretos-ley podían ser promulgados por el primer ministro en aquellas áreas no regidas por un estatuto. El desarrollo constitucional desde la Segunda Guerra Mundial ha limitado la capacidad del presidente y del primer ministro para promulgar tales disposiciones.

Cuando el gobierno promulga una regulación obligatoria, no se requiere ninguna consulta pública, pero el anteproyecto de la norma debe ser enviado al Consejo de Estado para su revisión. Dicha entidad emite un informe sobre su eficacia y legalidad, pero no tiene autoridad legal para evitar la promulgación de normas (Nicholas, 1970; Massot, 2001)⁵.

La revisión por parte de la división judicial del Consejo de Estado está limitada a pesar de que su importancia es creciente⁶.

Sin embargo, y dado que en Francia ningún estatuto está sujeto a procedimientos como los del APA, no existe revisión de los procesos. Más aun, los informes del Consejo de Estado acerca de una norma propuesta sólo se hacen públicos con el acuerdo previo del Gobierno. A pesar de ello, en la actualidad hay un creciente número de informes que están disponibles para su conocimiento, de manera que mantener en secreto un informe puede enviar un mensaje negativo al público. Se puede solicitar al Consejo Constitucional que revise un estatuto antes (y en la actualidad, después) de su aprobación, y debe, además, revisar las "leyes institucionales" que implementan provisiones constitucionales, pero el Consejo no revisa las regulaciones⁷.

En Alemania, la Constitución establece que el ejecutivo sólo puede dictar normas bajo la autoridad delegada mediante estatutos, pero

En Alemania, la Constitución establece que el ejecutivo sólo puede dictar normas bajo la autoridad delegada mediante estatutos, pero son pocas las exigencias procesales que guían la elaboración de normas.

son pocas las exigencias procesales que guían la elaboración de normas. Los requerimientos de consulta que existen efectivamente en algunos estatutos, como en la Ley sobre Polución del Aire, no son legalmente exigibles. En términos generales, los defectos que se dan en los procesos administrativos pueden corregirse antes de la decisión final de la corte, y ésta no requerirá un nuevo procedimiento en el caso de que la agencia argumente, de forma convincente, que el resultado no sería afectado.

Aun cuando la Corte Constitucional Alemana considera la constitucionalidad en la elaboración de las normas, formula sus opiniones en términos de derechos individuales, no sustantivamente políticos (D'Alberti, 1992; Rose-Ackerman, 1995; Künnecke, 2007).

En el Reino Unido existe una ausencia similar de limitaciones procedimentales para la elaboración de las normas. Así, la revisión judicial de esa parte de los procesos administrativos sólo puede estar basada en principios de "justicia natural" y pocas veces ello se da. En la actualidad, las cortes británicas están buscando la incorporación del Código Europeo de los Derechos Humanos en la ley del Reino Unido, proceso que podría tener implicaciones para los departamentos gubernamentales a todos los niveles (Poole, 2007). Sin embargo, el foco de dicho Código se pone en los derechos, no en la rendición democrática de cuentas de las políticas del ejecutivo (D'Alberti, 1992; Künnecke, 2007; Poole, 2007).

Dado el estatus atípico de los EE.UU., algunos concluyen que es este país el que debiera reformar su sistema, quizás limitando el tiempo y los inconvenientes involucrados en el proceso de elaboración de normas, el cual puede tomar años en completarse al ser seguido por la revisión de la corte. Muchos analistas hacen ver la naturaleza engorrosa del proceso norteamericano de elaboración de normas en la medida que dicho proceso evolucionó en respuesta a las opiniones judiciales, durante las décadas transcurridas desde que fue promulgado el APA (Kagan, 2007).

Pareciera existir una necesidad, tanto de modernizar procedimientos como de asegurar que los sectores de menos recursos y los intereses organizados participen de manera efectiva. Esas dificultades prácticas, sin embargo, no minan en absoluto el principio básico de que el Derecho Administrativo necesita estar comprometido con un efectivo control democrático de la administración y que para ello debe ir más allá de la subordinación al jefe del ejecutivo o al parlamento.

El proceso norteamericano no puede exportarse masivamente por dos razones. En primer lugar porque se necesita una reforma interna en los Estados Unidos y, en segundo lugar, porque las relaciones entre la administración y los actores políticos y judiciales difieren significativamente de un país a otro.

Al mismo tiempo, la revisión de la corte necesita reconocer la importancia de la experticia y de los sistemas burocráticos de la administración pública. Una mayor responsabilización (*accountability*) requerirá una inversión en tiempo y en dinero y algunos cambios en las concepciones que manejan quienes elaboran las políticas. Más aun, el proceso norteamericano no puede exportarse masivamente por dos razones. En primer lugar porque se necesita una reforma interna en los Estados Unidos y, en segundo lugar, porque las relaciones entre la administración y los actores políticos y judiciales difieren significativamente de un país a otro.

Algunos de aquellos que son escépticos respecto del proceso de elaboración de políticas previsto en el APA aceptan el objetivo de un control popular más efectivo, pero apoyan un modelo completamente diferente. Ellos argumentan a favor de un proceso consensual con participación popular; apuntan a un buen número de ejemplos sacados del mundo actual que van desde el "presupuesto participativo" a la "negociación de regulaciones" (*regulatory negotiation*) o al "empoderamiento de los grupos interesados" (*stakeholder empowerment*) o a las "encuestas deliberativas" (*deliberative polls*). No voy a explorar sus sutilezas, pero sí quiero hacer notar que todos estos procesos son más bien complementos de, más que substitutos para, los estándares legislativos y los procesos burocráticos.

Ellos a menudo operan en gran medida fuera de la legislación administrativa y no han sido bien integrados al derecho público. Los procesos participativos, si están bien organizados, claramente pueden contribuir a la rendición de cuentas democrática, pero su alcance es limitado. Si un proceso de consenso se impone a una provisión estatutaria, ello constituye un desafío para la estructura representativa normal y para la burocracia establecida. Investigaciones sobre procesos participativos en Francia, en temas ambientales locales, demuestran que dichos procesos eran más afectivos en tanto consejos asesores que como cuerpos empoderados plenamente; y eso porque los funcionarios públicos sólo estaban dispuestos a trabajar con ellos en tanto su rol fuera solamente de asesores⁸.

Más aun, incluso sin dicha oposición, la participación tiende a exigir compromisos substanciales en términos de tiempo y dinero a los participantes más dedicados; de ahí que, sin otros incentivos, las personas quizás no tendrían la voluntad de involucrarse.

La experiencia de Porto Alegre, en Brasil, y otros experimentos alrededor del mundo, sugieren que los procesos participativos pueden

Los procesos participativos pueden resultar efectivos bajo ciertas condiciones, pero no constituyen un sustituto para el trabajo arduo de conciliar operaciones burocráticas competentes y expertas con los valores democráticos de la participación pública en la formulación de políticas.

resultar efectivos bajo ciertas condiciones, pero no constituyen un sustituto para el trabajo arduo de conciliar operaciones burocráticas competentes y expertas con los valores democráticos de la participación pública en la formulación de políticas (Rose-Ackerman, 2009; Ackerman, 2004)⁹. Sin embargo, estos experimentos permiten subrayar una importante verdad. Los viejos modelos, incluyendo los requerimientos del APA de los Estados Unidos, encajan torpemente con las estructuras institucionales innovadoras y con los modelos de administración pública que hoy se utilizan para implementar muchos de los programas públicos. El origen del Derecho Administrativo de los EE.UU. se remonta a la época en que las agencias reguladoras independientes se crearon para regular temas tales como el ferrocarril, los mercados de seguros, las líneas aéreas, los sindicatos, y las radioemisoras (D'Alberty, 1992). En los años setenta, una fuerte reacción contra la captura de algunas agencias por parte de los grupos que se suponía ellas debían regular, condujo a la creación de agencias al interior de la administración presidencial, como por ejemplo la Agencia de Protección Ambiental y la Administración de Salud y Seguridad Ocupacional. En Estados Unidos, muchas empresas de utilidad pública y transportes son de propiedad privada por lo que no se dio una ola de privatizaciones. De hecho, fue a la inversa con el ferrocarril inter-urbano.

En lugar de ello, se dio un incremento de corporaciones semi-gubernamentales con algún nivel de propiedad y control gubernamental (por ejemplo, el Servicio Postal, COMSTAT, la Corporación de Radiofonía Pública) y una ola de contrataciones externas o tercerizaciones, con firmas privadas, que significó en algunos casos otorgar una gran cuota de discrecionalidad política a contratistas privados (prisiones, escuelas sin fines de lucro o "*charter schools*", seguridad).

Este tipo de desarrollos plantea importantes desafíos hacia el futuro en la medida que tanto los Estados Unidos como otros países se ven obligados a considerar, por un lado, qué aspectos del Derecho Público aplicar a tales organismos privados, y, por otro lado, cuáles aspectos del Derecho Privado se pueden aplicar a los organismos públicos.

Un estereotipo muy difundido sostiene que en el Reino Unido un sistema único de tribunales aplica la misma legislación a los actores del sector privado y del sector público y que esto constituye la esencia del "imperio de la ley" (*rule of law*). Por contraste, los sistemas

El derecho necesita encontrar un camino que le permita un uso innovador de las entidades privadas para proveer servicios, pero sin renunciar a los beneficios de la rendición de cuentas democrática que proporciona la información pública, el *input* y la justificación.

Europeos continentales, como el de Francia y Alemania, hacen una marcada diferencia entre la legislación pública y la privada, y tienen un sistema de tribunales separados para relacionarse con uno y otro sector. Como muchos han demostrado, este contraste sobresimplifica groseramente ambos sistemas y se ha probado como erróneo con el tiempo.

Por el contrario, los británicos tienen tribunales administrativos especializados desde los inicios del siglo veinte y aun cuando se apela a cortes regulares, los jueces utilizan como guía legal los estatutos gubernamentales. En Francia, algunos casos contra funcionarios o agencias públicas son conocidos en tribunales ordinarios si dichos casos involucran temas concernientes al Derecho Privado, tales como contratos o daños indemnizables¹⁰.

Más aun, la inmunidad soberana es una limitación mucho más fuerte en el Reino Unido y en los EE.UU. de lo que es en Francia, donde las acciones de perjuicio emprendidas contra el Estado y sus agentes tienen mayor probabilidad de resultar exitosas.

Esta compleja realidad legal sugiere la necesidad de repensar sistemáticamente la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado que subyace tras las categorías legales formales, para preguntarse acerca de qué propósitos son atendidos al poner la disputa en un ámbito más que en el otro. La propiedad pública o privada de las empresas involucradas no debiera ser de primordial importancia. Más bien son sus responsabilidades funcionales las que realmente importan. Más aun, el problema justamente no consiste en que las disputas individuales reciban un tratamiento diferente dependiendo del carácter público o privado de la entidad que causa el daño. En lugar de ello, el derecho necesita encontrar un camino que le permita un uso innovador de las entidades privadas para proveer servicios, pero sin renunciar a los beneficios de la rendición de cuentas democrática que proporciona la información pública, el *input* y la justificación.

En cualquier sistema, la cuestión clave es, por un lado, en qué medida la reforma debe pasar a través de la legislación o la enmienda constitucional, y, por otro lado, en qué medida la judicatura puede, por sí misma, encaminarse hacia la reforma. Incluso en sistemas que tienen tradiciones legales comunes, los estatutos o las enmiendas probablemente sean necesarias, pero las cortes pueden, al mismo tiempo, empujar a los actores políticos en la dirección deseada y completar los vacíos que se producen a partir de las leyes escritas.

Un lugar central en el Derecho Administrativo norteamericano lo ocupan las opiniones que emite la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones en el descarnado lenguaje del APA. Esta ley del caso (*case law*) ilustra el rol clave que juegan las cortes, pero descuida desarrollos contemporáneos importantes tales como la expansión del poder presidencial en materia de regulaciones, y el creciente uso de entidades privadas o semi-privadas ya sea para proveer servicios, ejercer regulaciones y, a veces, elaborar políticas. Fuera de los Estados Unidos, el uso creciente de agencias independientes inspiradas en los modelos norteamericanos ha agregado un conjunto de organismos poco conocidos que cumplen importantes funciones, pero que no se ajustan bien a las tradiciones legales establecidas.

En los Estados Unidos, el poder presidencial se ha expandido más allá de revisar las principales normas con base en el costo-beneficio, para incluir la revisión de las orientaciones y el control político de la agenda reguladora. Además de ello, la Casa Blanca utiliza la naturaleza privilegiada de sus consultas con personas externas y, en el caso de un litigio, por ejemplo, se negó a hacer público los nombres de las personas que fueron consultadas por la Casa Blanca en materia de política energética. Sus acciones recibieron la aprobación de la Corte Suprema, y la opinión de una corte de menor nivel jerárquico redujo las prerrogativas del perro guardián de los legisladores, como es la Oficina General de Auditoría (*General Accountability Office*)¹¹.

Al mismo tiempo, la contratación externa de entidades privadas o semi-privadas ha ido creciendo en los Estados Unidos, y ello ocurre a todos los niveles del gobierno, pero sabemos poco de los efectos que eso tiene sobre los valores democráticos.

Para los estudiosos de la administración pública, preocupados por el hecho de que las burocracias hayan sido rápidamente degradadas y reducidas en su tamaño, el poder político centralizado en la oficina presidencial y la implementación descentralizada resultan perturbadores.

Las agencias reguladoras independientes son, en alguna medida, un contrapeso a las afirmaciones presidenciales de poder, pero solamente si ellas están estructuradas de manera tal que sean capaces de resistir las presiones presidenciales y ministeriales. Esta tendencia debe ser estudiada no sólo para mantener el valor de los consejos objetivos y apolíticos sino, también, para preservar las rutinas burocráticas del trabajo bien hecho y asegurar que los

Dado que la delegación de la autoridad para elaborar políticas constituye una necesidad práctica en los Estados modernos, el Derecho Público puede ayudar a asegurar la capacidad democrática de rendir cuentas respecto de dicha delegación, y las cortes requieren reconfigurarse con jueces que reciban una capacitación adicional que les permita cumplir eficazmente su tarea de vigilancia.

camino de la participación y del control público no se vayan a perder como producto de dichas tendencias aparentemente dispares.

Estados Unidos puede construir, en su línea de base de los procesos participativos bajo el APA, procedimientos de elaboración de normas para aplicar, tanto en las agencias independientes como en la rama de poder ejecutivo. Si otros países están enfrentando tendencias similares, también ellos encontrarán mayores desafíos y dificultades en la medida en que el propio principio de utilizar las cortes para ampliar la legitimidad democrática es controvertido. Sin embargo, quizás este desarrollo va a motivar a los académicos del Derecho Público, de la Economía Política y de la Administración Pública a proponer reformas de los procesos gubernamentales de elaboración de políticas, de modo que puedan lograr que la delegación de la elaboración de leyes sea un proceso que amplíe, en lugar de limitar, la democracia en el Estado moderno.

Por supuesto, el simple hecho de identificar el rol positivo que pueden jugar el Derecho Administrativo y las cortes no significa que pueda ser llevado a la práctica con efectividad. La capacidad judicial resulta ser un elemento clave. Mi propósito podría ser contraproducente en Estados en los cuales las cortes son débiles, mal consolidadas o corruptas (Rose-Ackerman, 2007).

Incluso en el mejor de los casos, los jueces deben recibir capacitación adicional en ciencias sociales y en análisis de políticas, o deben ser capaces de recurrir a asesores externos para complementar su capacitación legal. Sin embargo, sean cuales sean las dificultades prácticas de implementación, el principio básico es más que suficiente: dado que la delegación de la autoridad para elaborar políticas constituye una necesidad práctica en los Estados modernos, el Derecho Público puede ayudar a asegurar la capacidad democrática de rendir cuentas respecto de dicha delegación, y las cortes requieren reconfigurarse con jueces que reciban una capacitación adicional que les permita cumplir eficazmente su tarea de vigilancia.

La potencial debilidad en la capacidad judicial de vigilancia es particularmente evidente en América Latina, donde las encuestas indican que existe una disconformidad creciente con las cortes, y la evidencia más objetiva indica que las largas dilaciones y la corrupción constituyen un problema serio en muchos de estos países (Rose-Ackerman, 2009). Más aun, la formación legal proporciona poco entrenamiento en Ciencias Sociales, Administración Pública o Análisis de Políticas Públicas. El modelo del Consejo de Estado

francés, que tiene una tradición de fortaleza profesional y de meritocracia, no pareciera ser replicable en América Latina, y la alternativa del modelo estadounidense de jueces generalistas revisando las acciones del Estado opera imperfectamente en sistemas que no tienen precedentes, y donde son pocos los jueces que tienen una base de conocimientos sólida respecto de los problemas prácticos o factuales que enfrenta la administración pública.

Los problemas estructurales agregan otro conjunto de dificultades. La región, originalmente, extrajo su Derecho Administrativo de Francia a través de España y Portugal. Sin embargo, la mayoría de los países tienen un sistema presidencial que, si bien se parece al sistema norteamericano, cuenta con mayor cantidad de legisladores electos a través de algún tipo de representación proporcional. Muchos presidentes de América Latina poseen el poder de dictar decretos-leyes que excede, con mucho, el poder que tiene el presidente de los Estados Unidos¹².

Aun cuando esta práctica parece haber sido extraída de Francia, este país la abandonó considerablemente después de la Constitución de la Quinta República, en 1958 (Brown y Bell, 1998). No obstante, en paralelo con el poderoso poder ejecutivo, muchos países latinoamericanos han privatizado empresas de utilidad pública, creando agencias reguladoras independientes en el proceso. Esas agencias varían en lo que respecta a su efectiva independencia y se armonizan difícilmente con las leyes que gobiernan la administración pública. Ellas fueron creadas para proteger los términos contractuales aislando los nuevos organismos privados de la interferencia política; pero sus creadores a menudo descuidaron la necesidad de la rendición pública de cuentas, creyendo que ésta podría minar la confidencialidad de los inversionistas.

Sin embargo, esa ausencia creó dos nuevos problemas relacionados. En algunos casos, el aislamiento provocó la captura de esos organismos por parte de empresas reguladas políticamente muy poderosas. Esto, a su vez, erosionó el apoyo público al proceso de privatización (Levy y Spiller, 1996; Prado, 2008).

Para concluir, en la medida en que la democracia se consolida en América Latina, el Estado necesita crear instituciones de participación popular que vayan más allá de las elecciones y del monitoreo legislativo sobre el poder ejecutivo. El Derecho Administrativo requiere moverse desde el foco primario, puesto en la legalidad técnica de las acciones del Estado, hacia principios y normas que amplíen la rendición de cuentas respecto a la elaboración de políticas. Colocar

El Derecho Administrativo requiere crear instituciones mediadoras que le den al pueblo, a los grupos de la sociedad civil, empresariales y sindicales, canales establecidos para proporcionar *inputs* y exigir justificaciones respecto a las políticas públicas.

el foco de atención en los derechos individuales y empresariales contra un Estado avasallante fue una respuesta natural en el pasado, pero ahora no es suficiente para hacer frente ya sea a la afirmación del poder ejecutivo en la elaboración de políticas o al control de las entidades privadas o semi-privadas que cumplen funciones públicas.

Ciertamente se necesita mayor transparencia en el ejecutivo y en cualquier organización que tenga un rol en la elaboración de políticas; pero no es suficiente. También es cierto que no ayuda mucho el hecho de saber que las políticas se están elaborando si uno no tiene cómo ejercer influencia sobre los resultados, más allá de salir a la calle y poner carteles y repartir panfletos. El Derecho Administrativo requiere crear instituciones mediadoras que le den al pueblo, a los grupos de la sociedad civil, empresariales y sindicales, canales establecidos para proporcionar *inputs* y exigir justificaciones respecto a las políticas públicas. El Estado o las agencias reguladoras expertas independientes, siguen manteniendo la autoridad última en materia de políticas; la respuesta no está en el presupuesto participativo, del cual se ha escrito tanto. A pesar de ello, los procedimientos establecidos por las leyes de reforma administrativa aseguran, a aquellos que tienen algún interés en las políticas, que serán escuchados y tomados en cuenta. Esa es la manera a través de la cual el Derecho Administrativo, en tanto conjunto de normas limitantes, puede interactuar productivamente con la elaboración de políticas en tanto procesos basados en la política y en el conocimiento.

Notas

(1) Este argumento fue planteado por William Rehnquist, de la Corte de Justicia de EE.UU., cuando concurrió al Caso *Benzene, Industrial Union Department, AFL-CIO versus American Petroleum Institute* (Industrial Union Department, 1980).

(2) Para una literatura más amplia sobre las razones por las cuales el poder legislativo delega autoridad en el ámbito de la elaboración de políticas, ver los artículos reimpresos en la parte I.A de Rose-Ackerman (2007).

(3) En algunos casos, el estándar constituye "evidencia sustancial", un estándar ostensiblemente estricto por si la jurisprudencia hubiese confundido la distinción.

(4) La doctrina de la actual delegación permisiva fue reafirmada en *Whitman versus American Trucking Associations, Inc.* 531 U.S. 457 (2001).

(5) Para el gobierno, las áreas relevantes de la Constitución Francesa empiezan en el artículo 34 con una larga lista de tópicos que deben ser regidos por estatutos que contienen normas y por estatutos que sólo necesitan establecer "principios fundamentales". Estos últimos incluyen varias áreas de regulación, tales como medio ambiente, educación y trabajo. El artículo 37 establece que: "materias distintas a aquellas que caen dentro del ámbito del estatuto deben ser materia de regulación". Esto parece incluir temas no contemplados en la lista del artículo 34 y, también, regulaciones que implementan estatutos que carecen de especificidad. El segundo párrafo del artículo 37 establece: "Las leyes aprobadas por el Parlamento concernientes a estas materias pueden ser modificadas por decreto después de someterse a consulta al Consejo de Estado. Cualquiera de estas leyes que haya sido aprobada después de que esta Constitución entrara en vigencia puede ser modificada por decreto sólo si el Consejo Constitucional declarara que ellas pueden ser materia de regulación tal cual ha sido definido en el párrafo anterior". La palabra "modificada" parece sonar muy fuerte a los oídos estadounidenses (es una traducción de "modifié" en francés), pero la consulta al Consejo de Estado implica un control sobre dicho poder. El artículo 38 obliga al gobierno a "pedir al Parlamento la autorización, por un período limitado, para tomar medidas a través de disposiciones que normalmente son materia de estatuto". Esas disposiciones "serán promulgadas por el Consejo de Ministros, después de ser consultadas al Consejo de Estado. Ellas entrarán en vigencia después de su publicación, pero quedarán pendientes si su ratificación no se hace ante el Parlamento antes de la fecha en que entrarán en vigencia". El Presidente sólo tiene poder de emitir decretos durante los estados de emergencia y cuando él o ella puedan tomar las "medidas que se requieren" (artículo 16). Las reformas constitucionales promulgadas el 21 de julio de 2008 limitan aun más el poder del Presidente para emitir decretos (ver <http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0-14.asp>).

(6) D'Alberty (1992: 27) afirma que bajo la concepción clásica francesa, "la investigación judicial sobre *excés de pouvoir* conduce a las cortes a revisar sólo la '*legalité*' de las decisiones administrativas (respecto a las normas y principios de la ley) pero no su '*opportunité*' (oportunidad en el caso concreto). Esta revisión puede implicar la sustitución del juez por la administración pública (...) algunas de las diversas formas de control judicial sobre los *excés de pouvoir* gradualmente extienden el abanico de la revisión judicial, en gran medida incluida en los hechos, y la dejan muy cerca de escrutar la '*opportunité*'".

(7) Constitución Francesa, artículos 56-63. Recientemente se ha ganado el poder para revisar temas constitucionales *ex post*, ya sea por parte del Consejo de Estado o la Corte de Casación. Ver <http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0-14.asp>.

(8) Comunicación personal de Laurent Mehmet, Profesor del Environmental Management, French Institute for Environmental Engineering, Water and

Forests, Chair of the Scientific Board, French National Research Board, French National Research Program, "Concertación, toma de decisiones y medio ambiente", 10 de mayo de 2008.

(9) Para perspectivas distintas sobre el caso de Porto Alegre y de experiencias brasileñas, ver Abers (1998), Santos (1998), Avritzer y Wampler (2005), Goldfrank y Schneider (2006), y Wampler (2007).

(10) Brown y Bell (1998) comparan los tribunales administrativos de Francia y el Reino Unido. La perspectiva original del derecho británico más conocida es la articulada por A. V. Dicey en "Introducción al estudio del Derecho", hacia fines del siglo XIX. Se pueden encontrar críticas en Schwartz (1954), D'Alberti (1992) y Künnecke (2007).

(11) Cheney versus U.S. District Court for the District of Columbia, 124 S. Ct. 2576 (2004); ver Montgomery (2006).

(12) Carey y Shugart (1998) incluyen los casos de Argentina, Perú, Venezuela y Brasil en la década de los noventa.

Bibliografía

- Abers, R. (1998), "From Clientelism to Cooperation: Local Government, Participatory Policy, and Civic Organizing in Port Alegre, Brazil", en *Politics and Society*, Vol. 26 N° 4, Los Altos, December, pp. 511-537.
- Ackerman, J. (2004), "Co-Governance for Accountability: Beyond 'Exit' and 'Voice'", en *World Development*, Vol. 32 N° 3, Oxford, March, pp. 447-463.
- Avritzer, L. y Wampler, B. (2005), "The Spread of Participatory Democracy in Brazil: from Radical Democracy to Good Government", en *Journal of Latin American Urban Studies*, N° 7, West Long Branch, Fall, pp. 37-52.
- Brown, L. N. y Bell, J. S. (1998), *French Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, Oxford University Press.
- Carey, J. M. y Shugart, M. S. (eds.) (1998), *Executive Decree Authority*, Cambridge, Cambridge University Press.
- D'Alberti, M. (1992), *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, Il Mulino.
- Fiorina, M. (1982), "Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process?", en *Public Choice*, Vol. 39 N° 1, The Hague, pp. 33-66.
- French Constitution of October 4, 1958.
- Goldfrank, B. y Schneider, A. (2006), "Competitive Institution Building: the PT and Participatory Budgeting in Rio Grande do Sul", en *Latin American Politics and Society*,

- Vol. 48 N° 3, Coral Gables, Fall, pp. 1-31.
- Industrial Union Department (1980), *Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607.
- Kagan, R. (2007), "American and European Ways of Law: Six Entrenched Differences", en *European Ways of Law: Toward a European Sociology of Law*, V. Gessner y D. Nelkin (eds.), Portland, Hart Publishing.
- Künnecke, M. (2007), *Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison*, Heidelberg, Springer.
- Levy, B. y Spiller, P. (eds.) (1996), *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications*, Cambridge, Cambridge University Press (Political Economy of Institutions and Decisions).
- Massot, J. (2001), "Legislative Drafting in France: the Role of the Conseil d'État", en *Statute Law Review*, Vol. 22 N° 2, Oxford, pp. 96-107.
- Montgomery, B. (2006), "Congressional Oversight: Vice President Richard B. Cheney's Executive Branch Triumph", en *Political Science Quarterly*, Vol. 120 N° 4, New York, Winter, pp. 581-617.
- Nicholas, B. (1970), "Loi, Règlement and Judicial Review in the Fifth Republic", en *Public Law*, pp. 251-276.
- Peltzman, S. (1976), "Toward a More General Theory of Regulation", en *Journal of Law and Economics*, Vol. 19 N° 2, Chicago, pp. 211-240.
- Poole, T. (2007), "The Reformation of English Administrative Law", London, London School of Economics (LSE Legal Studies Working Papers Series; N° 12/2007).
- Posner, R. (1974), "Theories of Economic Regulation", en *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, Santa Monica, Autumn, pp. 335-358.
- Prado, M. (2008), "Policy and Politics: Privatization of the Electricity Sector in Brazil", New Haven, Yale University. Yale Law School. JSD: 460. Submitted.
- Rose-Ackerman, S. (1995), *Controlling Environmental Policy: the Limits of Public Law in Germany and the United States*, New Haven, Yale University Press.
- _____ (1999), *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press.
- _____ (2005), *From Elections to Democracy: Building Accountable Government in Hungary and Poland*, Cambridge, Cambridge University Press.
- _____ (2007), "Judicial Independence and Corruption", en *Global Corruption Report*

- 2007: Corruption in Judicial Systems*, Transparency International (comp.), Cambridge, Cambridge University Press.
- _____ (2009), "Public Administration and Institutions in Latin America", en *Copenhagen Consensus Project in Latin America*, B. Lomborg (dir.), Cambridge, Cambridge University Press.
- _____ (ed.) (2007), *Economics of Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar (Economic Approaches to Law Series; N° 15).
- Rothstein, B. (2004), *Just Institutions Matter*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Santos, B. de S. (1998), "Participatory Budgeting in Porto Alegre: Toward a Redistributive Democracy", en *Politics and Society*, Vol. 26 N° 4, Los Altos, December, pp. 461-510.
- Schwartz, B. (1954), *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York, New York University Press.
- Stigler, G. (1971), "The Theory of Economic Regulation" en *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, Santa Monica, Spring, pp. 3-21.
- Wampler, B. (2007), *Participatory Budgeting in Brazil: Contestation, Cooperation, and Accountability*, State College, Pennsylvania State University Press.
- Wilson, J. Q. (ed.) (1980), *The Politics of Regulation*, New York, Basic Books.
- Yackee, J. W. y Yackee, S. W. (2006), "A Bias Towards Business? Assessing Interest Group Influence on the U.S. Bureaucracy", en *The Journal of Politics*, Vol. 68 N° 1, pp. 128-139.