



CIUDADANÍA Y VALORES
FUNDACIÓN

**AGENCIAS. EL EJEMPLO
NORTEAMERICANO**

Por *Jesús Avezuela*

Letrado del Consejo de Estado

Noviembre, 2008



La Fundación Ciudadanía y Valores como institución independiente, formada por profesionales de diversas áreas y variados planteamientos ideológicos, pretende a través de su actividad crear un ámbito de investigación y diálogo que contribuya a afrontar los problemas de la sociedad desde un marco de cooperación y concordia que ayude positivamente a la mejora de las personas, la convivencia y el progreso social

Las opiniones expresadas en las publicaciones pertenecen a sus autores, no representan el pensamiento corporativo de la Fundación.

Sobre el autor

Jesús Avezuela Cárcel es Letrado del Consejo de Estado, Socio Director de Broseta Abogados en Madrid y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos.

Es miembro del Comité Consultivo de la Fundación Ciudadanía y Valores y colaboró en uno de los think tanks de más prestigio de Washington, German Marshall Foundation.

AGENCIAS. EL EJEMPLO NORTEAMERICANO

Jesús Avezuela Cárcel

**Letrado del Consejo de Estado
Socio Director de Broseta Abogados en Madrid
Profesor de Derecho Administrativo de la URJC**

I. Planteamiento

En 1887, el número segundo de la *Political Science Quarterly* publicó un ensayo de Woodrow Wilson (por entonces, joven profesor universitario) considerado como el primer estudio científico sobre la Administración pública en Estados Unidos. Casualmente –o no-, ese mismo año fue creada la *Interstate Commerce Commission*, la primera agencia reguladora independiente¹, concebida como una “comisión” con potestades de carácter normativo (en cierto modo homologables a los poderes calificados en nuestro sistema como potestad reglamentaria) e, incluso, de naturaleza jurisdiccional. Esta agencia, junto con las que posteriormente se irían constituyendo, se configuraron como la esencia misma del Derecho Administrativo norteamericano, siendo identificadas como su célula madre.

Este era el objeto y objetivo principal del Derecho Administrativo en Estados Unidos: el estudio de las agencias y determinar el modo en que se desenvolverían serenamente en el sistema de tres poderes bien definidos y delimitados que su Constitución había diseñado. Ciento veinte años después de

¹ En los manuales de Derecho Administrativo americanos (entre otros, Kenneth Culp Davis and Richard J. Pierce (jr.), *Administrative Law Treatise*, vol. I, 3ª ed., Little, Brown and Co., Boston, 1994) suele también citarse al Interventor (o “Comptroller”) del Departamento del Tesoro como la primera institución administrativa o agencia independiente, aunque la agencia reguladora independiente con potestades normativas –reglamentarias- es la *Interstate Commerce Commission* creada por la *Interstate Commerce Act* de 1887.

la creación de la primera agencia norteamericana, sigue siendo un hito cuestionado.

Pese a ello, otros modelos de Administración muy diferentes al norteamericano, como el nuestro, han optado por acercarse a la fórmula de las agencias como “una nueva cultura de gestión”, en palabras de la propia Exposición de Motivos de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

En Estados Unidos, el proceso de construcción de sus instituciones administrativas y, en definitiva, de su Derecho Público es a la inversa que en Europa. Y es que, como señala Zagrebelsky, la característica principal de las Declaraciones americanas (tanto de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 como de la Declaración de la Independencia de ese mismo año) es la fundamentación de los derechos de los individuos en una esfera jurídica que precede al Derecho que pueda establecer el legislador². Siguiendo al citado autor, los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas –ya externas, como el Parlamento inglés y especialmente de su poder tributario, ya internas de un eventual legislador omnipotente- y, en consecuencia, los derechos constituían a los individuos en sujetos activos originarios y soberanos, haciendo de este modo posible el acto de delegación constitucional, fundando el Estado (*Government*) y, en él, el poder legislativo. Puede así decirse que en Estados Unidos la ley deriva de los derechos; en Europa, los derechos derivan de la ley. En las concepciones europeas, la ley deriva de una fuerza originaria, el poder legislativo que emana directamente del soberano –ya sea el monarca, la nación o una asamblea popular-; en la concepción americana, el legislador no constituye una fuerza originaria sino que se concibe como un poder derivado, delegado. De ahí que cuando se alude a las agencias como poder delegado del Congreso, se emplee la expresión “*subdelegation*”.

Por todo ello se dice que el Derecho Administrativo norteamericano no se construye desde el Estado sino desde el individuo³. El individuo preexiste al Estado y éste preexiste a la Federación. Y partiendo de esta premisa, el Derecho Administrativo no se explica sino a través de la creación de instrumentos (como las agencias administrativas) cuya actividad parte del necesario “préstamo” de funciones legislativas (“*rule-making*”, Sección 4 de la *Administrative Procedure Act*

² Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Ed. Trotta, 5ª ed., Madrid, 2003, pág. 54.

³ Juan José Lavilla Rubira, La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América, Civitas, Madrid, 1991.

de 1946) y judiciales (“*adjudication*”, Sección 5 de la citada *Administrative Procedure Act*).

El esquema administrativo en Estados Unidos no es, pues, consecuencia de un retraso histórico (en el desarrollo de un sistema administrativo arcaico) como se le ha criticado en ocasiones, sino, más bien, un planteamiento distinto que descansa en unas bases culturales, sociales y políticas muy diferentes al de Europa. Para Clarke Adams, los conceptos jurídicos válidos en un determinado Derecho positivo, a menudo originan confusión y error cuando son utilizados en la interpretación de otro sistema jurídico⁴. El Derecho Administrativo norteamericano nace de forma simultánea al ideal revolucionario del Estado liberal pero con la esencial diferencia, respecto de la Europa continental, de no lastrar los prelados del Antiguo Régimen. Como ha puesto de relieve Santamaría Pastor, en Europa, el Estado liberal es un “auténtico heredero –a beneficio de inventario- del monarca absoluto”, como se manifiesta, sobre todo, en el ámbito de la Administración Pública, de ahí que se conciba como el punto de convergencia de las técnicas de acción absolutistas y de las exigencias de libertad y garantía que la gran Revolución aporta (Santamaría Pastor). No extraña, pues, su especial preocupación por atribuir al ciudadano las garantías necesarias que puedan mitigar las exorbitantes prerrogativas administrativas que históricamente han caracterizado su acción.

Como gráficamente ha puesto de manifiesto García de Enterría, mientras que la Administración pública del continente europeo se erige en el pecador arrepentido que había fundado un hospicio para acoger a los pobres que él mismo había despojado previamente, por el contrario, en Estados Unidos y, en general, el Derecho anglosajón tienen como punto de partida la inexistencia de un despojo previo al ciudadano por parte de la Administración, aunque la generosidad posterior (refiriéndose al control judicial y, en definitiva, a las garantías del ciudadano) tenga luego menos ocasión de lucirse⁵. Precisamente por ello, los primeros estudiosos del Derecho Público americano como

⁴ J. Clarke Adams, El Derecho Administrativo norteamericano, trad. de D. Petriella, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1964.

⁵ Eduardo García de Enterría, Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo Norteamericano, *Revista de Administración Pública* núm. 85, 1978. En este sentido, también el profesor Villar Palasí señalaba que “no es cierta ... la afirmación de quienes ven en el sistema europeo de control de la Administración, esencialmente edificado sobre el sistema francés creado por el Conseil d’Etat, un cuadro de garantías incomparablemente superior al anglosajón. Ello podría ser cierto si se contemplase de modo exclusivo el cuerpo legal administrativo de los Estados Unidos, con exclusión del sistema político y judicial común” (José Luis Villar Palasí, La “Federal Administrative Procedure Act”, de Estados Unidos, *RAP*, núm. 1, 1950, páginas 277 a 296).

Woodrow Wilson, Frank Goodnow, Ernst Freund o Bryan Mawr no tuvieron necesidad de vincular a su disciplina el objeto del Derecho Constitucional y el principio de separación de poderes. En efecto, para Wilson, el Derecho Administrativo es la suma de las reglas legales de un Estado en lo atinente a la Administración pública y, como recuerda Cooper, la obra principal de Ernst Freund (*“Administrative Powers Over Persons and Property”*, 1928) no es precisamente un estudio detallado de los remedios legales para los abusos administrativos, sino más bien un tratado sobre el poder administrativo en su versión de discrecionalidad administrativa⁶. El Derecho Administrativo se ha conceptualizado por la doctrina norteamericana⁷ como aquella parte del Derecho que, ajeno a las necesidades de la búsqueda de remedios garantistas contra los exorbitantes poderes absolutistas de la vieja Europa, regula las agencias administrativas, sus funciones cuasi legislativas o *rulemaking* y cuasi judiciales o *adjudication* y la revisión por los Tribunales de su actividad administrativa.

Así pues, los pilares en que se sustenta cada una de estas versiones del Derecho Administrativo son visiblemente diferentes. La Administración pública tradicional –permítase esta expresión para referirse al sistema administrativo europeo continental de impronta napoleónica-, en cuanto organización preexistente, se inserta en el sistema jurídico constitucional, anclando su legitimidad, precisamente, en la subordinación a los órganos democráticamente elegidos, bajo la dirección del Gobierno (en nuestro caso, ex artículo 97 de la Constitución). Por el contrario, en el caso de Estados Unidos ni la Administración preexiste ni en su diseño constitucional se prevé siquiera su presencia. La Administración de agencias en Estados Unidos es, esencialmente, fruto de una exigencia práctica, principalmente la interpelación de atender a una serie de necesidades –muchas de ellas, además técnicamente complejas- a las que el Congreso no alcanzaba. Surgen así las agencias como poder administrativo, técnico, apolítico, diferente del poder ejecutivo atribuido por la Constitución al Presidente.

Para unos, como el administrativista norteamericano, Peter L. Strauss, han señalado que *“the phenomenon of subdelegation is an inevitable by-product of a complex society”*, donde las necesidades de especialización técnica y los límites de tiempo y recursos impiden al cuerpo legislativo asumir cualquier

⁶ Philip J. Cooper, Public Law and Public Administration, Palo Alto, California, Mayfield, 1983.

⁷ Vid., entre otros, Breyer, Stewart, Sunstein y Spitzer, Administrative Law and Regulatory Policy, Problems, Text, and Cases, Aspen Law & Business, Nueva York, 1998; o Bernard Schwartz, Administrative Law, 4ª ed., Little, Brown and Co., Boston, 1994.

regulación⁸. En efecto, desde un punto de vista meramente constitucional, la “intolerancia” del principio de separación de poderes que representaba un obstáculo a la admisión en el sistema de las agencias se vio equilibrado con el principio de “frenos y contrapesos” (*checks and balances*), en la medida que no explica tanto el poder como una división de compartimentos estancos entre el Legislador, el Juez y el Presidente, sino como un equilibrio de poderes más flexible que, desde luego, admitiría un mejor encaje de las agencias.

Para otros, las agencias, si bien pudieron suponer una eficaz solución coyuntural, han contribuido también, en cierto modo, al deterioro del sistema constitucional inicialmente diseñado por la crisis de la dualidad poder administrativo-poder ejecutivo y, consecuentemente, con una clara desviación de poderes en favor del Presidente a través de lo que se ha venido en denominar, a partir de la década de los ochenta, la teoría del ejecutivo unitario. Pese al respaldo jurisprudencial y doctrinal –no siempre pacífico- recibido en favor de la constitucionalidad de las agencias, la creciente acumulación de poderes de supervisión, por parte del Presidente, de la potestad reguladora de las agencias ha contribuido a exacerbar los ya existentes argumentos críticos de las agencias independientes –además de potenciar la doctrina del *unitary executive power* en sus diversas versiones-. En efecto, los nuevos métodos y procedimientos empleados por las agencias a la hora de regular las actividades que son de su competencia y el papel del Presidente, a través de su Oficina Ejecutiva y más concretamente de la Oficina de Gestión y Presupuesto, han sido decisivos, al menos en la última época del Derecho Administrativo.

Desde esta perspectiva, se ha venido llamando la atención sobre el hecho de que otros países de tradición opuesta (o lejana) al modelo anglosajón, pertenecientes al denominado régimen administrativo, entre los que se encuentra el nuestro, hayan optado por integrar paulatinamente el sistema de agencias, cuando no solo muchos de los fundamentos en los que estriba la constitucionalidad de las agencias independientes están tan vinculados a ciertas especificidades del Derecho norteamericano que no pueden jugar papel alguno en el debate sobre los límites constitucionales de las Administraciones independientes de nuestro Derecho⁹, sino que, además, el propio esquema

⁸ Peter L. Strauss, From expertise to politics: the transformation of american rulemaking, Wake Forest Law Review, v. 31, Fall 1996, pág. 745 a 777.

⁹ Mariano Magide Herrero, Límites constitucionales de las Administraciones Independientes, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, pág. 176. Vid. José Manuel Sala Arquer, El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 42, páginas 401 y siguientes.

norteamericano no deja de encontrarse en un permanente estado de cuestionamiento, siendo, a este respecto, un duro envite tanto por la falta de legitimidad de que son acusadas sobre la base de la denominada “captura” por los sectores afectados como por las potestades supervisoras que el Presidente se está atribuyendo en los últimos años.

Como conclusión a esta primera idea, merece recordar el trabajo de la profesora Elena Kagan, publicado en la *Harvard Law Review*, que comenzaba diciendo que la historia del Derecho Administrativo norteamericano es la historia de la competición entre cada uno de los diferentes poderes constitucionales (Presidente, Congreso y Tribunales) por tener el control de los demás: “*In this time, that institution is the Presidency*”¹⁰.

En efecto, el Presidente ha ido posicionándose en el primer puesto del *podium*, gracias a los mecanismos de supervisión impuestos, curiosamente, en virtud de normas presidenciales (Executive Orders), es decir, se ha auto-irrogado unas competencias que le han permitido esa posición de preeminencia bajo la justificación de la necesaria coordinación y supervisión por parte de la Oficina de Gestión y Presupuesto (*Office of Management and Budget, OMB*) dentro de la Oficina Ejecutiva del Presidente (*Executive Office of the President, EOP*).

¿Son estos superpoderes el resultado del triunfo de la Casa Blanca frente al Capitolio (y el fin definitivo del poder “apolítico y neutral” de las agencias) en la tradicional lucha de poderes constitucionales a que se refería la Prof. Kagan, o, por el contrario, obedece esta práctica a la necesidad de adoptar medidas necesarias para evitar que los intereses afectados por las agencias (la *capture*) acaben desnaturalizando el concepto de interés general, forzando a aquéllas a velar exclusivamente por su interés particular?

II. Una breve reflexión histórica

Tras una intrépida industrialización en el último tercio del siglo XIX (la denominada “época dorada”), comenzó un progresivo crecimiento de la Administración federal, surgiendo, a principios del siglo XX, una enorme cascada de agencias. Nace así un cuarto poder, el “poder administrativo”, y con ello la gran dicotomía entre política y Administración, entre poder ejecutivo y poder administrativo, celosamente defendida en estas primeras andadas del Derecho Administrativo: la Administración debe ser neutral, apolítica y debe

¹⁰ Elena Kagan, *Presidential Administration*, *Harvard Law Review*, vol. 114, núm. 8, junio 2001.

ejercerse por expertos, a diferencia de la política que se ejerce por los elegidos y, precisamente por ello, el poder ejecutivo reside en manos del Presidente que los Estados Unidos popularmente han elegido. Este planteamiento de lo que se conoce como la época ortodoxa de la Administración pública (“administración científica”¹¹) tiene su fundamento en lo que Woodrow Wilson (y, en la misma, línea autores como Frank Goodnow o Frederick Winslow Taylor) calificaron de “nefasta irrupción de los partidos políticos en la Administración pública”. Siguiendo al prof. Sala Arquer, corresponde a Carl Schmitt la autoría, a partir de las concepciones de Benjamin Constant, de la teoría del poder neutral en la medida que la existencia de centros de decisión autónomos e independientes que representan la objetividad e imparcialidad propia de los expertos suponen el contrapeso necesario del Estado pluralista de partidos.

Con la separación entre política y Administración, Woodrow Wilson¹² pretende combatir el *spoil system* (“sistema del botín”), por el que se atribuían los oficios públicos a personas afines al partido que ganaba las elecciones¹³.

El segundo gran hito en el desarrollo de la Administración norteamericana se produjo con el New Deal de F. D. Roosevelt, hasta el punto que se le ha denominado el “momento constitucional” (*constitutional moment*)¹⁴ por cuanto supone una revisión de los grandes pilares de las ideas políticas y constitucionales americanas. La crisis de 1929 aceleró el crecimiento de la Administración pública en la medida que el New Deal significaba una mayor regulación e intervencionismo estatal: “estas medidas estaban justificadas para

¹¹ Denominación utilizada por un gran sector de la doctrina, entre otros Howard E. MacCurdy en su obra publicada en 1972, Public Administration. A Bibliography. Otros autores se han referido a ella como “etapa de tesis” (K. Henderson, en Emerging Synthesis in American Public Administration).

¹² Wilson llegó a la presidencia en 1912 cuando apenas llevaba dos años dedicado a la política como Gobernador de New Jersey. Era un profesor de Ciencias Sociales e Historia, cuya tesis doctoral se titulaba “El Gobierno por el Congreso” y que en 1902 había sido elegido para ocupar la Presidencia de la prestigiosa Universidad de Princeton.

¹³ “A finales del siglo XIX se agudiza la crisis en el Estado comunidad debido a la corrupción y a una politización partidista de los cargos administrativos por encima de cualquier mérito o capacidad profesional (...) Así nació el progresismo como tendencia opuesta al *spoil system* (...) La piedra angular de esta nueva filosofía era el principio de que la Administración es separable y debe estar apartada de la refriega política (...) y aunque se influenció en los modelos administrativos europeos, esta transformación siguió una lógica propia” (Ballbé y Franch, op. cit., pág. 51 y siguientes).

¹⁴ Bruce Ackerman, We the People, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991.

salvar al capitalismo de él mismo, corrigiendo los fallos más obvios del mercado no regulado hasta entonces” (Breyer).

Las causas de la Gran Depresión son resumidas por Maldwyn sencillamente: la capacidad de producir había superado con creces a la de consumir¹⁵. Dice el historiador Maurois que sólo el 5% de la población absorbía más de una tercera parte de los ingresos. No solo catorce millones de parados forzosos esperaban socorro, sino que seis millones de granjeros se veían abrumados por miles de deudas hipotecarias. Un diario propuso la siguiente definición de “*Granja agrícola: extensión de tierra arable rodeada por todos lados de acreedores y cubierta de hipotecas, en la cual una familia de siete personas intenta en vano sobrevivir a las necesidades de un coche de ocasión cuyo depósito de gasolina está vacío*”. La incapacidad de Hoover para resucitar la economía llevó al poder al demócrata Franklin D. Roosevelt, pariente de Theodore Roosevelt, que, aunque en 1921 la poliomielitis le dejó muy mermado de la cintura para abajo, logró resistir durante dos mandatos.

La depresión de 1929 añadió nuevas interpretaciones del papel del gobierno en la economía¹⁶ y la denominada “era Lochner” fue perdiendo fuele a favor de una política más intervencionista, apoyada por el Tribunal Supremo¹⁷. En efecto, Roosevelt asumió el poder en circunstancias dramáticas: bancos quebrados, catorce millones de parados y los granjeros en revolución. Las alternativas eran la de anclarse en la clásica política económica del *laissez faire* con el fin de que las fuerzas del mercado corrigieran la situación y restablecieran el equilibrio, la de girar hacia el socialismo suprimiendo la propiedad privada y los medios de producción, o la de la economía dirigida o planificada, siendo esta última la que terminó triunfando. El Presidente, para restablecer el nivel de los precios, desvalorizó el dólar en un cuarenta por ciento. Una de las primeras y más urgentes necesidades era la de mitigar la desocupación. Para ello se aprobó una ley que facultaba al Presidente a emplear jóvenes en un Cuerpo de Conservación Civil (CCC) para la construcción de obras públicas vinculadas con la reforestación, el control de las inundaciones y

¹⁵ Maldwyn A. Jones, Historia de los Estados Unidos 1607-1992, op. cit. pág. 417.

¹⁶ Mario Martínez Silva, introducción a la versión castellana de la obra de Shafritz y Hyde, Clásicos de la Administración Pública, op. cit. pág. 13.

¹⁷ Por ejemplo, se declaró constitucional una ley que establecía un salario mínimo para las mujeres (*West Coast Hotel vs. Parrish* 300 U.S. 379, 1937) y también se declaró constitucional una ley del Estado de Nueva York que creó la agencia Milk Control Board competente para establecer los precios máximos y mínimos de la leche (*Nebbia vs. New York* 291 U.S. 502, 1934).

proyectos similares. Durante el primer año de mandato de Roosevelt se alistaron más de 300.000 jóvenes, siendo éste uno de los proyectos “favoritos” del gobierno hasta que en 1942, el Congreso dejó de votarle sumas para el presupuesto del CCC. Por otra parte, se aprobó la Ley de Socorro de Emergencia y la creación de una Oficina de Obras Públicas (PWA) que gastó más de siete mil millones de dólares para la construcción de obras de interés público, amén de otras acciones como la creación de viviendas a bajo coste y la limpieza de los barrios más deprimidos. Precisamente, para acelerar estos programas se aprobó la Ley de Vivienda Wagner-Steagall (1937) que creó, a su vez, una Agencia (USHA) facultada para conceder préstamos para la construcción de casas de alquiler económico. También se aprobó, con el fin de conseguir una mayor seguridad para el asalariado, la Ley de Servicio Nacional de Empleos (1933) que creó un sistema nacional de intercambio para que cooperase con las oficinas estatales de empleo, subvencionadas en parte por el gobierno federal; la Ley de Retiro Ferroviario (1935) que regulaba el pago de pensiones por parte del gobierno federal de las pensiones a los trabajadores ferroviarios jubilados; la Ley de Contratos Públicos Walsh-Healey que disponía que a los contratos públicos cuya cuantía excediera de 10.000 dólares debían exigírseles determinados requisitos como que el contratista tuviera experiencia suficiente en el objeto a ejecutar, que pagara no menos de los salarios habituales en la industria, que no permitiera que nadie trabajase más de cuarenta horas semanales, que no empleara a ningún varón de menos de dieciséis años y a ninguna mujer de menos de dieciocho y que no llevase a cabo el trabajo en condiciones que no fuesen indebidamente peligrosas. Algunas de estas normas fueron desarrolladas en la Ley de Salarios y Jornadas para todo tipo de contratos, no sólo para los de naturaleza pública. Es de destacar también, en esta época, la Ley de Seguridad Social, reguladora de las pensiones a la vejez, seguros contra la desocupación y otras prestaciones sociales.

Para aumentar los salarios, favoreció la celebración de contratos colectivos; para evitar el peligro que suponía la inversión en empresas quiméricas, aumentó la severidad del dominio de los bancos de emisión, prohibiéndoles ser al mismo tiempo banco de depósito, además de someterlos a la estrecha vigilancia de la *Securities Exchange Commission* (SEC); para aliviar a los granjeros, el Estado se hizo cargo de una buena parte de las hipotecas y disminuyó el tipo de interés y fomentó que limitaran la superficie de terreno dedicada al cultivo del algodón y del trigo con el fin de impedir la baja de los productos agrícolas.

El fenómeno de las agencias que irrumpió en esta época¹⁸ se inserta en la doctrina constitucional como una combinación entre el tradicional principio de la separación de poderes y un sistema de controles sobre aquéllas desde los tres poderes, Congreso, Tribunales y Presidente. No obstante, como se ha señalado, las agencias son una consecuencia inevitable del mayor intervencionismo estatal. No en vano, el Presidente Roosevelt proclamó que con ellas podía decirse que había llegado el día de la Administración ilustrada (“*enlightened administration*”).

Las agencias se concibieron así como la solución más eficaz para atender a las demandas generadas en esta época lo que supuso, en definitiva, y al menos a un nivel puramente teórico, la culminación de la doctrina de la Administración pública ortodoxa¹⁹ caracterizada por separar la política de la Administración neutral basada en la eficiencia y en la idea del mérito y capacidad como valores exclusivos y excluyentes de cualquier reflejo político. Las agencias se convierten, pues, en las auténticas herederas del caudal relicto generado por la doctrina del “poder administrativo” que lo engrosaron progresivamente y que, finalmente, derivó en la necesidad de reconsiderar el sistema constitucional y el difícil encaje de este “*fourth branch*”.

III. ¿Quién vigila al guardián?

La creciente supervisión y control del Presidente de los Estados Unidos sobre las agencias (sobre todo en el ámbito de la potestad normativa) se ha calificado como uno de los avances más revolucionarios en la Administración norteamericana de las dos últimas décadas (Roy Schotland y Steven Croley²⁰). Sin embargo, su valoración sobre los resultados y consecuencias de tal intervención no es pacífica.

¹⁸ Ya se ha señalado que, no obstante, las agencias administrativas han formado parte de la estructura institucional de los Estados Unidos desde el principio. Concretamente, a la vista del informe del Attorney General de 1941 (Attorney General’s Committee on Administrative Procedure, Final Report, 1941, pág. 7 a 11) entre la aprobación de la Constitución y el final de la Guerra Civil se crearon once agencias; otras seis agencias hasta el final del siglo XIX; nueve agencias desde 1900 hasta el final de la Primera Guerra Mundial; nueve agencias más hasta la Depresión de 1929; y no menos de diecisiete agencias entre 1930 y 1940.

¹⁹ Entre los autores más reconocidos de esta corriente en estos años treinta, destaca Luther Gulick (y L. Urwick), Papers on the Science of Administration, Institut of Public Administration, Nueva York, 1937.

²⁰ Steven Croley, White House Review of Agencia Rulemaking: An empirical Investigation, Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2003.

Así, mientras que unos consideran esta supervisión presidencial como el rasgo institucional más importante del *regulatory state* norteamericano en cuanto tiene como pretensión principal la de “*armonizar*” la actividad administrativa y, sobre todo, “*corregir*” los excesos normativos de las agencias sobre la base de la idea *reaganiana* de que las agencias regulan más de lo que debieran (Nicholas Bagley y Richard L. Revesz²¹), por el contrario otros, destacan como la figura del Presidente en Estados Unidos ha ido concentrando un mayor protagonismo en el campo regulatorio hasta el punto de afirmar que la evolución de los poderes presidenciales está cristalizando en una “*usurpación del poder legislativo*” (i.e., William J. Olson)²², cuyos efectos positivos han sido prácticamente nulos –prosiguen estos autores– como se ha podido comprobar con la caída del sistema financiero y el fracaso de la supervisión de las agencias reguladoras.

El proceso de fiscalización presidencial de las agencias –con precedentes, principalmente, en el mandato de Nixon– se desarrolló, sobre todo, a partir de Reagan dando lugar a una exacerbada crítica que interpretaba estas iniciativas con absoluto recelo, tildándolas de inconstitucionales a la vista de los poderes que la Constitución otorgaba al Presidente. Los republicanos pretendieron que la independencia de las agencias debía matizarse –se insiste, sobre la base de una mejor vigilancia, armonización y coordinación del sistema– y que habían de presentar al Presidente (a través de la OMB) todos sus proyectos de normas reglamentarias, junto con un análisis de “*coste-beneficio*” y de impacto regulativo, lo que dio lugar a que más de dos mil normas anuales fueran

²¹ Nicholas Bagley y Richard L. Revesz, Centralized Oversight of the Regulatory State, Columbia Law Review, núm. 106, octubre de 2006.

²² Partiendo de una interpretación gramatical del artículo II de la Constitución que se refiere al Presidente como aquél al que le corresponde el poder ejecutivo, defensores de las tesis del “*ejecutivo unitario*” han cuestionado reiteradamente la constitucionalidad de las agencias en cuanto que son concebidas como poder delegado del Congreso. Cuando el Congreso aprueba una ley habilitando a la agencia a desarrollarla reglamentariamente –consideran estas tesis– supone que a unos “*non-elected officials*” se les atribuye poder para, incluso, crear derechos y obligaciones a los ciudadanos (Swire). Algunos autores como Schoenbrod o Lowi también han visto a las agencias como la principal amenaza del principio de separación de poderes en la medida que asumen poderes legislativos, ejecutivos y judiciales. Frente a estas tesis, otros han defendido, a capa y espada, la constitucionalidad de las agencias, en “*complejas sociedades industrializadas*” (Landis) con fundamento en el artículo I de la Constitución (en concreto, Sección 8, cláusula 18) que atribuye al Congreso el poder para elaborar todas las leyes que considere necesarias y oportunas para desempeñar debidamente los poderes conferidos por la Constitución. Desde esta perspectiva se considera a las agencias un brazo ejecutor del Congreso con el fin de evitar tanto que la Presidencia asuma excesivos poderes como revivir los miedos de las monarquías autoritarias europeas.

revisadas por la oficina del Presidente, muchas de las cuales fueron objeto de devolución a las agencias para su reconsideración. Además, debían remitir un *anual regulatory plans* para evitar que se desviasen de sus planes previamente anunciados. Todo ello fue interpretado, desde los inicios, como un trasvase de autoridad ilegítimo de las agencias al Presidente, además de ser criticado también porque el análisis “coste-beneficio” que exigía su puesta en práctica no tenía en cuenta aquellos “beneficios” no cuantificables que llevaban implícitas otra serie de regulaciones de corte más social.

La vuelta de los demócratas a la Presidencia, no solo no abandonó las prácticas republicanas de supervisión regulatoria, sino que incluso robusteció la autoridad revisora presidencial. Introdujo algunas modificaciones aparentemente orientadas a acallar las voces críticas, instaurando procesos de revisión más transparentes, pero al mismo tiempo más intensos, línea que ha terminado consolidándose por George W. Bush, quien ha pretendido crear una superagencia presidencial que revisara todos y cada uno de los procesos de actuación normativa de las agencias, incluidos los estudios técnicos a través de revisores a sueldo de su oficina, la OMB.

Las modificaciones introducidas en materia de transparencia unidas a una mayor actitud en favor de la regulación representada en la era Clinton por la OMB, condujo inicialmente a un apaciguamiento del debate sobre la magnitud y alcance que el proceso de supervisión –presidencial- normativa de las agencias habían de tener que, poco a poco, fue diluyéndose y poniéndose de manifiesto una visión del alcance de la autoridad presidencial equiparable al contemplado en las *Executive Orders* de Reagan y Bush, siendo la reforma Bush, Jr., de 2007, un aldabonazo importante a estos efectos, no tanto por la letra de la propia reforma sino porque venía a reafirmar a la superagencia presidencial en detrimento del poder normativo de los organismos reguladores “independientes”.

La reconquista de la presidencia por los republicanos en el año 2001 pretendió reforzar la política de revisión regulatoria que, desde los años de Reagan, venía imponiéndose frente a las agencias, pese a las críticas ya referidas. Y ese refuerzo se quiso llevar a cabo a través de propuestas como el “*peer review*”, esto es, “pares” que revisarían la actuación de las agencias: “los vigilantes del guardián”. Tras varios intentos todos ellos fracasados por considerar que no podían tener más autoridad científica de la OMB (y, en definitiva, a sueldo del Presidente) que los científicos empleados en las agencias, tan solo se aprobó la reforma de la *Executive Order* 13.422, en enero de 2007, que, tímidamente, pretendía introducir alguno de los elementos del proyecto de “*peer review*”. No obstante, algunos autores sí que han calificado dicha reforma como un importante y “fastidioso” avance en el control de las

agencias por la Casa Blanca (Peter L. Strauss) e incluso desde antes ya algunos han calificado los poderes presidenciales sobre las agencias como aquellos que le permiten ejercer un control sobre aquellas potestades de las agencias, camino al “régimen autoritario” (Tanya L. Green)²³. Por entonces, todavía la crisis financiera (y económica) no había llamado a la puerta y las valoraciones críticas se imponían sobre aquellas otras que defendían la necesidad de un mayor control de las agencias que, como más tarde se ha subrayado, han demostrado una menor rigurosidad en cuestiones que, sin embargo, sí la exigían. En este sentido se ha dicho en España que las agencias de calificación “han dado notas de bajo riesgo a productos de altísimo riesgo”, cerrando los ojos ante los directivos de las grandes entidades norteamericanas que “han cobrado como genios de las finanzas por hacer verdaderas chapuzas”²⁴.

IV. El modelo de la revisión centralizada de las agencias reguladoras.-

Frente a la tradicional teoría de la “captura” de las agencias por los sectores afectados (se dice que consolidada por la institucionalización de la negociación del procedimiento regulatorio), el Presidente ha iniciado su particular captura, asumiendo, como se ha expuesto, un mayor control supervisor sobre la actividad regulatoria de las agencias. Así las cosas, ¿queda algo de independiente en las agencias tal y como fueron inicialmente concebidas? La historia de las agencias en Estados Unidos es una historia de remiendos desde un punto de vista administrativo-constitucional: frente a un poder, un contrapeso; frente a los grupos de interés a que puede favorecer la agencia, un mayor control del Presidente.

a) Teoría de la captura y el procedimiento negociado

A mediados del siglo XX, la “teoría de la captura” se convirtió en el paradigma dominante del comportamiento de las agencias que partía de la base de que el grupo de interés presionaría a los miembros tanto de la agencia como del comité del Congreso –quien supuestamente supervisaba la acción de la agencia- y daría su apoyo financiero o de otro tipo, para lograr los objetivos políticos de sus componentes y así su reelección. A cambio, los miembros del comité presionarían a las agencias para conseguir normas favorables a aquel

²³ Jeffrey Lubbers y James May, The Emphasis on the Presidency in U.S. Public Law: An Essay Critiquing Presidential Administration, *Administrative Law Review*, núm. 59, vol. 1, 2007.

²⁴ Roberto Velasco Barroetabeña, Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad del País Vasco, que aboga por una autoridad financiera internacional de control global de las finanzas (cita obtenida del artículo “1929 es irrepetible” publicado en la página web www.lavozdigital.es, el pasado 8 de octubre de 2008).

grupo de presión en contra del interés público (Mancur Olson²⁵ y George Stigler²⁶). Desde entonces se han venido desarrollando diversas teorías sobre la relación que mantienen las agencias con el sector industrial, tesis que algunas veces caen bajo la rúbrica de “dominio del interés de grupo” y atienden de modo especial a la cooperación que prestan las agencias a los grupos de interés, a los que facilitan información, orientación y apoyo político, hasta el punto que no son pocos los que consideran que la captura de la agencias es una patología dominante dentro del sistema norteamericano.

Algunos como Bernstein han visto en los últimos años como el máximo exponente de la captura de la agencia se produce a través del procedimiento negociado en la elaboración de las normas²⁷, desplazándose así la competencia para concretar el interés público que tradicionalmente ha recaído en el estricto ámbito del poder ejecutivo sobre la base de una legitimación democrática; la entrada y participación de los intereses particulares en la determinación de lo que es o no interés general podría representar una merma del principio democrático.

b. La revisión centralizada

El proceso de revisión centralizado (“*centralized executive review process*”), como el propio modelo *peer review*, se justifica, desde este punto de vista,

²⁵ Mancur Olson, J. R., The logic of collective action: public goods theory of groups, 1965.

²⁶ George J. Stigler, The Theory of Economic Regulation, 1971.

²⁷ El procedimiento negociado (*negotiated rulemaking*) que surgió, principalmente, en la década de los ochenta como una alternativa a los procedimientos tradicionales de elaboración de normas reglamentarias, y que en los últimos años ha tomado un especial impulso, tiene como esencia, en palabras de McKinney, que en determinadas situaciones, es recomendable poner en conexión a todos los sectores interesados cuya actividad va a ser regulada junto con los responsables de la agencia para preparar todos juntos en consenso el texto del proyecto normativo. Se delega, pues, la función de redactar el proyecto de reglamento a una comisión negociadora (“*advisory committee*”), donde todas las partes interesadas, de modo colegiado, redactan la propuesta normativa. En consecuencia, la gran diferencia entre el procedimiento tradicional y el negociado radica en el momento en que los intereses de los afectados participan: mientras que en el primero la participación pública de los intereses afectados comienza, formalmente, después de que la agencia haya redactado un proyecto de reglamento, en el segundo, los intereses afectados, formalmente, son los que redactan -junto con la agencia reguladora- el proyecto normativo lo que supone, además de un incremento de la participación de los ciudadanos en las decisiones públicas, una mejora, según un importante sector doctrinal, en el contenido de la norma cuya tramitación se lleva a cabo en un plazo más corto y se reduce el índice de litigiosidad.

afirmando que grupos bien organizados de la industria trabajan para “capturar” la actividad administrativa de las agencias y muestran interés por la aprobación de normas que actúen como barrera para la entrada de la competencia²⁸. En esta línea, Christopher DeMuth y Douglas Ginsburg, miembros de la OMB desde la época de Reagan señalaban que “la regulación tiende a favorecer a los grupos grandes y bien organizados, a costa del resto de ciudadanos”. Aquellos grupos –prosiguen estos autores- capturan a las agencias presionándolas para que regulen más y a su antojo y por ello el proceso ejecutivo de revisión debía corregir esta excesiva y, en muchos casos, abusiva actividad normativa de las agencias²⁹. Todo ello es lo que también se conoce como “*cartel theory*”, según la cual las compañías bien posicionadas trabajan para asegurar que las normas les permitirán “llegar a ser protectorados federales, viviendo en el acogedor mundo del cost-plus, a salvo del desagradable fantasma de la competencia, eficiencia e innovación”.

La cuestión es, pues, si la supervisión presidencial es una solución suficiente y si su imbricación dentro de la Executive Office of the President sirve para inmunizarla de las patologías de las agencias. Dicho de otro modo, ¿puede la OMB, organismo inserto en el organigrama de la Oficina del Presidente, adoptar la neutralidad suficiente a fin de corregir supuestos excesos de las agencias? ¿Es necesario tal control, al menos, a fin de que el “guardian” se sienta igualmente vigilado? ¿Sería, en su caso, importable este modelo?

²⁸ Stigler, op. cit., (“every industry or occupation that has enough political power to utilize the state sill seek contro entry”).

²⁹ Vid. Christopher C. DeMuth & Douglas H. Ginsburg, White House Review of Agency Rulemaking, Harvard Law Review, núm. 99, 1986 (págs. 1075 a 1088). En este mismo número de esta revista merece atender al artículo de Alan B. Morrison, OMB Interference with Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write a Regulation, en págs. 1059 y siguientes.

Las tesis de DeMuth y Ginsburg han sido criticadas por otros muchos autores que consideran que aquéllas pretenden apoyar su llamada a un proceso ejecutivo de revisión bajo un presupuesto que es exactamente a la inversa del formulado. Los grandes sectores industriales afectados por las agencias son partidarios, como regla general, precisamente de una menor regulación con el objeto de reducir los gastos que les puedan originar determinadas normas. En esta línea, Barry Weingast (Regulation, Reregulation, and Deregulation: The Political Foundations of Agencia Clientele Relationships, *Law and Contemporary Problems*, vol. 44, núm. 1, Managing the Transition to Deregulation, 1981, págs. 147 a 177) ha señalado que, por un lado se ha producido un destacable crecimiento normativo, particularmente en las áreas sociales y medioambientales, lo que ha producido niveles de intervención estatal sin precedentes; y, además, existe una tendencia de desregulación, particularmente en las áreas que afectan directamente a la normativa económica.

Existe, por un lado, la convicción de que la OMB puede corregir cualquier mala elección pública porque es menos susceptible a las preferencias del pueblo frente a la más vulnerable agencia de turno y desde este punto de vista, se considera que es más difícil “capturar” al Presidente que a una simple comisión de una agencia³⁰. El Presidente tiene que atender a tantos y tan diversos grupos, que es muy difícil que sea “capturado” por uno sólo de esos grupos, porque el resto irían contra él. Partiendo de esta premisa, se considera que la OMB está relativamente aislada de la politización que rodea a las agencias, por lo que puede servir como control de “*bureaucratic capture*”. La profesora Kagan expone los beneficios del control presidencial sobre el procedimiento reglamentario de las agencias: a la vista de que la participación del Presidente en el procedimiento reglamentario tiene –sustancialmente- una dimensión pública, la preocupación del Presidente por mantener el apoyo del electorado implica que tratará de evitar atender únicamente a intereses limitados.

Frente a estas conclusiones, la denominada “*Public choice theory*” (la teoría de la elección pública), considera que deben ser objeto de matización, pues sería muy ingenuo pensar que el Presidente es absolutamente inmune a las presiones derivadas de la “elección pública” y a los grupos que le proveen de recursos, apoyo, o votos para ganar las elecciones o promover su agenda política. Al fin, tampoco existen demasiadas razones para pensar que el Presidente es una instancia aislada y el Presidente –prosiguen estas teorías- es tan vulnerable a la presión de los grupos interesados en influir en los procedimientos de las agencias como otros actores gubernamentales.

c. Un marco común: la necesidad de apostar por una función armonizadora

En todo caso, y pese a las muchas críticas del proceso de supervisión y control presidencial, sí existe un marco común entre republicanos y demócratas –como ya se ha demostrado en mandatos precedentes- en la necesidad de que las agencias, por muy independientes que sean, deben “sentirse vigiladas”, más allá de la presión que les puedan generar sus correspondientes sectores afectados. Y, en tal sentido, la OMB, sobre la base de su más primitiva naturaleza de corte presupuestaria, justifica el control que ejerce sobre las agencias.

³⁰ Y ello sin perjuicio de que, como se ha expuesto en el espíritu de las ideas de J. J. Lafont y D. Martimort (*Separation of Regulatory against Collusive Behaviour*, *Rand Journal of Economics*, vol. 30, núm. 2, 1999, pág. 232 a 262) es mucho más fácil la captura de un solo operador social que la de dos.

No hay razón para creer –han manifestado tanto republicanos como demócratas- que la ubicación de la OMB dentro de la *Executive Office of the President* le inocula de las patologías que sufren otras agencias, sino más bien al contrario, cabe pensar que las exacerbará, sin que ello deba suponer una tensión de fuerzas centrífugas: de un lado, la captura de los sectores afectados y, de otro, la captura presidencial, pues en este último caso, sería cada vez más difícil sostener un fundamento constitucional que permita justificar tanto la posición de supremacía presidencial –que apoyaría las tesis de la “dictadura” de los ejecutivos de los modernos sistemas electorales- como el propio esquema de agencias tal y como fue inicialmente diseñado.

d. Un esquema *ad hoc*: un carácter nacional

Deben concluirse estas ideas preguntándose si el marco común sobre la necesidad de que un organismo como la OMB (dentro de la Oficina del Presidente) puede ser un contrapeso eficaz a la tradicional captura de las agencias puede importarse a otros sistemas y ordenamientos.

Explicaba Alexis de Tocqueville que “si nos fuera posible remontarnos hasta los elementos de formación de las sociedades y examinar los primeros monumentos de su historia (...) estoy seguro de que descubriríamos la causa primordial de los prejuicios, de las costumbres, de las pasiones dominantes, de todo eso, en fin, que compone lo que llamamos el carácter nacional”. Con frecuencia solemos invocar y recurrir al carácter singular de los pueblos para justificar una determinada actitud o comportamiento incurriendo, finalmente, en los estereotipos que, como tales, constituyen un modo muy “simple” de definir o caracterizar una sociedad o una cultura.

Partiendo de esta premisa, resulta paradigmático el caso norteamericano que, no en vano, ha dado lugar a un sinnúmero de estudios acerca de su particular identidad despertando un extraordinario interés tanto de los propios americanos como de extranjeros. En la obra de J. Hector Saint John de Crèvecoeur, “*Letters from an American Farmer*”, se leía lo siguiente: “El americano es un nuevo hombre que actúa con unos nuevos principios”. A pesar de las evidentes dificultades que supone determinar las características de cualquier sociedad o de lo que el sociólogo alemán, Max Weber, denominó como “tipo-ideal”, es recurrente el argumento de que desde el asentamiento de los puritanos allá por la segunda y tercera década del siglo XVII, los propios americanos se han visto, dice McGiffert, como una “*peculiar people specially favored by God or nature*”. Ya los hombres que crearon los Estados Unidos de América –ha señalado Schlesinger- se concibieron a sí mismos como diferentes,

creyendo que “estaban ensayando algo nuevo bajo el sol”³¹. Los primeros colonos eran conscientes de que “la idea de que una república democrática pudiera perdurar iba contra todas las enseñanzas de la historia” pero, no obstante, el “experimento” que tenían en sus manos (tal y como lo tituló el Presidente Washington en su discurso de investidura) o el “destino” o “plan divino” (Ronald Reagan) para el que estaban llamados sería un reto que estaban dispuestos a asumir.

Desde luego, que los norteamericanos no recurren de igual modo al Estado, que ha sido construido sin los prejuicios históricos del Antiguo Régimen en el Viejo Mundo. De esta circunstancia son testigos sus instituciones administrativas y quienes al frente de ellas se encuentran. Mejor dicho, la idea de “homo Americanus” diligente y *self-sufficient* (de la que hablaba Crèvecoeur) puede observarse en ambas direcciones, tanto en la actitud del administrado frente a la Administración a la que no responsabiliza de todo y por todo de manera automática, como en el empleado público. Éste, al igual que decía Alejandro Nieto del juez americano, “está tan convencido de su magistratura”³² que se siente personalmente responsable de todas y cada una de sus decisiones “aunque para ello tenga que saltar por encima de bibliotecas enteras y termine pulverizando las tesis doctorales más sistemáticas”. Todo ello explica mejor conceptos como la discrecionalidad administrativa, la responsabilidad, o la organización administrativa. Y, por ende, también se entiende mejor que la OMB, encuadrándose dentro de la Oficina del Presidente, pueda ejercer, por ejemplo, a través de *peer reviews*, su revisión centralizada sin la presión que, aparentemente y desde nuestra atalaya administrativa europea, pudiera parecer.

³¹ Arthur M. Schlesinger, Jr., Los ciclos de la historia americana, Trad. Néstor A. Mínguez, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1988, pág. 11.

³² Prólogo de Alejandro Nieto a la monografía de Montserrat Cuchillo Foix, Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano, Civitas, Madrid, 1996. En una crítica a la reglamentación absoluta donde el operador del Derecho tiene una capacidad de interpretación prácticamente nula señala el profesor Alejandro Nieto que “el jurista que no sepa vivir en la incertidumbre o no quiera pensar por su cuenta ni correr el riesgo de equivocarse más vale que deje su oficio o se haga funcionario docente, pues aquí es posible que su estolidez resulte premiada”.