

# El siglo perdido del Derecho Administrativo americano: más allá de un desfase histórico

MANUELA CANAL SILVA<sup>1</sup>

## RESUMEN

*Creando la Constitución Administrativa. Los Cien Años Perdidos del Derecho Administrativo americano*, elegido por la *American Bar Association* –ABA– como el mejor trabajo de Derecho Administrativo publicado en el 2012, es considerado una de las más polémicas y exhaustivas exposiciones alrededor de la evolución del gobierno estadounidense<sup>2</sup>. Acorde con las palabras de ROBERT L. RABIN (s.f.), la obra es una contribución sustancial al entendimiento del gobierno administrativo en los Estados Unidos en sus orígenes y actualidad. Este artículo presenta las ideas más importantes del trabajo de MASHAW analizando la evolución de la Administración desde los primeros días de la República americana. Con este fin, explora la configuración del gobierno americano antes y después de la guerra civil. En conclusión, el artículo desarrolla la exposición de MASHAW y explora las implicaciones de su obra en las disciplinas histórica y jurídica americanas.

**Palabras clave:** Evolución del Derecho Administrativo, Constitución administrativa, *Judicial Review*, Regulación, Agencias, Historia.

1 Estudiante de Derecho, Universidad Externado de Colombia. Monitorea el Departamento de Derecho Administrativo. Correo electrónico: manuela.canal.silva@gmail.com. Fecha de recepción de la reseña: 15 de septiembre de 2013; fecha de aceptación de la reseña: 25 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Canal Silva, Manuela (2013). "Reseña *El siglo perdido del Derecho Administrativo americano: más allá de un desfase histórico*", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 10. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 181-188.

2 RAPPAPORT, 2013; POSTELL, s.f.; ERNST, 2012.

# The Lost Century of American Administrative Law: beyond Historical Myopia

## ABSTRACT

*Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, chosen by the American Bar Association's 2013 Annual Scholarship Award for best published work in administrative law, is considered one of the most polemic and exhaustive expositions regarding the American Government's evolution. As ROBERT L. RABIN demonstrates, the book is a substantial contribution to our understanding of administrative government in the United States during its origin and in the present day. This article presents the most important ideas of MASHAW'S work: it looks at the Administration's evolution since the earliest days of the American republic. To address this challenge, it explores America's government during the antebellum and after the Civil War. Finally, this article develops the author's ideas on the first century of state-building and explores the implications of MASHAW'S masterpiece on American legal-historical discipline.

**Keywords:** Administrative Law's evolution, Administrative Constitution, Judicial review, Regulation, Agencies, History.

Es casi incuestionable para los catedráticos de Derecho Administrativo Americano que esta disciplina nació en Estados Unidos entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX. A pesar de que esta es la opinión más comúnmente aceptada en el ámbito académico, JERRY L. MARSHAW<sup>3</sup> pretende derribar ese mito en su última obra, galardonada por la *American Bar Association* –ABA– como el mejor trabajo de Derecho Administrativo publicado en el 2012 (Yale Law School, 2013), *Creando la Constitución Administrativa. Los cien años perdidos del Derecho Administrativo americano*.

3 Abogado de la Universidad Tulane y Doctor en Derecho de la Universidad de Edimburgo, JERRY L. MASHAW es profesor de la Universidad de Yale, donde dicta las materias de Derecho Administrativo, Política de bienestar social, Regulación, Legislación y diseño de políticas públicas. Mashaw también fue catedrático de la Universidad Tulane y de la Universidad de Virginia y cuenta con numerosas publicaciones sobre Derecho público. [Yale Law School. Jerry L. Mashaw. Recuperado el 20 de julio de 2013 en <http://www.law.yale.edu/faculty/JMashaw.htm>].

Después de ocho años de investigación, MASHAW, profesor de Derecho Administrativo y regulación de la Universidad de Yale, publicó su polémica obra con el fin de dar un giro a la concepción del Derecho Administrativo anglosajón. El autor se concentra en su origen, sin dejar de lado las secuelas de la administración de los siglos XVIII y XIX frente a la estructura, organización y técnica de la administración actual teniendo en cuenta su ineludible repercusión en el futuro.

*El pasado es un país extranjero, allí hacen las cosas de otra forma:* Mashaw comienza su obra citando al escritor LESLIE HARTLEY (MASHAW, 2012: 5) y asume así el reto de estudiar las particularidades del derecho administrativo utilizando el método comparativo y aplicándolo al estudio de Administración desde sus inicios hasta la actualidad. La obra propone un viaje hacia los Estados Unidos de finales del siglo XVIII, explorando cien años que habían sido indagados previamente desde el punto de vista histórico, social y político pero jamás desde la óptica del Derecho Administrativo con tal precisión y solvencia.

Al inicio de su obra, MASHAW hace una afirmación categórica: la Constitución Americana tiene un *hueco*. Ésta reglamenta cabalmente las ramas legislativa y judicial; sin embargo, existe un vacío que concuerda con la administración, pues la Carta solo hace mención a las figuras del presidente y el vicepresidente dentro de la rama Ejecutiva<sup>4</sup> (ídem: 30). A lo largo de *Creando la Constitución Administrativa*, el doctrinante estudia cómo los diferentes presidentes, congresos, administraciones y ocasionalmente las cortes de Estados Unidos han construido las instituciones administrativas necesarias para el eficaz funcionamiento del gobierno (ídem: 10). Es precisamente su forma de configuración la que convierte al Derecho Administrativo en su primer siglo en una disciplina *variada, experimental e innovadora* (ídem: 12).

Según MASHAW, el primer siglo de la República revela un Derecho Administrativo al mismo tiempo familiar y extraño para el jurista contemporáneo: es similar en cuanto a su fundamento, pero diverso en referencia a su técnica (ídem: 11). De este modo, el profesor concluye que no es correcto hablar de una nueva Constitución administrativa; ésta, por el contrario, comenzó a escribirse en el siglo XVIII y son sus pilares los que guían la actuación administrativa actual.

En virtud de lo anterior, el profesor comienza su recorrido a partir de la determinación de las fuentes del Derecho Administrativo. Mashaw rompe el esquema general del sistema del *common law* y descarta de primera mano los Informes de EE. UU. (U.S. Reports), los cuales recogen la jurisprudencia de la Corte Suprema Americana<sup>5</sup>, como única fuente de la Constitución administra-

4 De acuerdo con MASHAW, el resto de disposiciones del art. III de la Constitución Americana (US State Department. *The Constitution of the United States of América* concernientes a la configuración de la rama ejecutiva fueron abandonadas (ídem: 30).

5 United States Reports. Decisions of the United States Supreme Court.

tiva. Lejos de la Corte, los principales escritores de la Constitución fueron el Congreso y el presidente, que confirieron amplias facultades a la administración, la dotaron de recursos humanos y fiscales, y determinaron su estructura interna. De tal manera que, para entender el funcionamiento y las particularidades de la administración en cualquier siglo, es inadecuado recurrir solo a la jurisprudencia sin tomar en cuenta las innovaciones producto de las ramas Ejecutiva y Legislativa (ídem: 6)

Ni siquiera la obra de ALBERT DICEY se escapa de las críticas de MASHAW, quien califica como errónea la idea del jurista inglés de acuerdo con la cual en el "common law el derecho administrativo y los principios en los que reposa son verdaderamente desconocidos" (ídem: 8). A los ojos de DICEY, suprimir la noción de "Derecho Administrativo" al someter a la administración al juez ordinario, recalca la esencia de la *Rule of law*, piedra angular del *common law* (DICEY, 1886: 303).

El jurista de Yale censura dicho planteamiento desde dos ángulos. Primero, acoge la postura del profesor CECIL T. CARR (1941:22-23), quien afirma que, a pesar de la crítica de DICEY al Derecho Administrativo francés, las cortes especiales del país galo brindaban respuestas efectivas a las necesidades de su pueblo. Acto seguido, MASHAW sostiene que la devastadora crítica de DICEY frente a la estructura administrativa ignora de manera tajante la función del Estado y el rol de la ley en la configuración de una administración eficaz. La existencia de una administración que responda a la voluntad democrática es crucial para el Estado americano, y su desarrollo y configuración son el objeto de la obra de MASHAW.

"El fin de la Constitución Administrativa consiste en proveer de manera simultánea y balanceada [...] una Administración eficiente y respetuosa de los derechos de los ciudadanos" (MASHAW, Ob. Cit.: 8). La obra de MASHAW ilustra cómo en el primer siglo de la República estadounidense se va llenando progresivamente el vacío existente en la Carta de forma paralela al crecimiento del territorio, la población y la economía norteamericana (ídem: 17). De los hechos documentados, se evidencia cómo el vertiginoso avance del país va directamente ligado a la configuración de su Constitución administrativa.

El profesor busca derribar dos ideas comúnmente acogidas por la doctrina norteamericana. En primer lugar, ataca el planteamiento según el cual los protagonistas del gobierno nacional desde el fin del siglo XVIII hasta finales del siglo XIX fueron las cortes y los partidos, mientras que la administración ocupaba

un segundo plano. Por otra parte, MASHAW afirma que reducir la materia del Derecho Administrativo al estudio de la *judicial review*<sup>6</sup> y la *administrative action* no solo constituye un mito sino que, a su vez, hace desaparecer al Derecho Administrativo entre temas propios del *common law*, tales como los contratos, el daño, la propiedad y el procedimiento civil (ídem: 3).

En contra de lo sostenido por sus colegas, MASHAW se propone demostrar que el punto de partida del Derecho Administrativo no concuerda con la creación de la Comisión de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Commission*, ICC) en 1887<sup>7</sup> (ídem: 4), ni mucho menos con las agencias creadas entre 1930 y 1940 a partir del *New Deal*<sup>8</sup> (ídem: 13). MASHAW va mucho más atrás en la historia de su país y se detiene en los últimos años del siglo XVIII en busca de los primeros vestigios sobre la configuración, la práctica y la estructura del Derecho Administrativo. En palabras del autor, la obra no pretende buscar el *big bang* de la disciplina, sino documentar su estructura, desarrollo legal y configuración desde sus orígenes (ídem: 16).

Para el autor, es posible hablar de un Estado administrativo desde 1787. Esto es así porque desde el siglo XVIII el Congreso delegaba amplias facultades a la administración, creando un sistema de adjudicación administrativa y armándola de poder coercitivo y de regulación (ídem: 5).

La obra hace un recorrido desde los primeros años de la República, examinando las deliberaciones de los primeros congresos, los fundamentos del Estado Federal y el control ejercido sobre los funcionarios públicos desde inicios del Estado administrativo. A continuación, MASHAW examina el siglo XIX, centrando su atención en las políticas de los gobiernos de Jefferson y Jackson y su impacto en la configuración de la administración. El autor también se detiene en el estudio del panorama estadounidense después de la guerra civil y los cambios provocados por ésta en la estructura del gobierno. Finalmente, MASHAW propone una comparación entre la administración en su primera centuria y la administración actual.

En virtud de la débil base de la Carta con respecto a la administración, en cuyo texto se encuentra someramente insinuada la rama, el Congreso se encarga desde 1787 de llenar ese vacío (ídem: 33). Así, el poder Legislativo

6 *o control judicial de constitucionalidad de actos emanados de los poderes políticos*- GARCÍA-MANSILLA, M.J. (2008). *Estado Actual del Debate sobre el Control Judicial de Constitucionalidad en Los Estados Unidos I*. Buenos Aires: Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 306. Véase también BARRANCOS y VEDIA, F.N. (2009) *El Constitucionalismo Popular en los Estados Unidos*. Buenos Aires: Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 3.

7 Posición defendida por RABIN, R. (1986). *Federal Regulation in Historical Perspective*, 38 *STAN. L. REV.* 1189 y STILLMAN, R. (1987). *The Constitutional Bicentennial and Centennial of the American Administrative State*, 47 *Pub. Admin. Rev.* 4.

8 LOWI, T. (2009). *Arenas of Power*. Véase también KELLER, M. (2007). *America's Three Regimes: A New Political History*. New York: Oxford University Press. P. 3.

asume la tarea, no solo compleja sino apremiante, de configurar un gobierno federal legítimo y a la vez eficaz. El Congreso crea, de esta manera, los primeros departamentos administrativos<sup>9</sup> y las primeras formas de delegación. En lo referente a la *judicial review*, ésta fue limitada en este periodo, especialmente si hacemos una comparación con el panorama actual. No obstante, dicha facultad judicial tiene, a juicio del autor, más importancia de la comúnmente sugerida por la doctrina, pues jugó un rol significativo en la defensa de los derechos de los particulares (ídem: 66).

A continuación, MASHAW estudia las primeras décadas del siglo XIX, cuando la administración asume el reto de enfrentarse al desarrollo estadounidense en diferentes frentes<sup>10</sup> (ACKERMAN, 2005: 234). En este aparte se estudian dos principales políticas del gobierno de THOMAS JEFFERSON: el embargo y la burocratización de la tierra. En primer lugar, el doctrinante califica el embargo como el más ambicioso intento de regulación del comercio en Estados Unidos. A pesar de su fracaso, el tema resulta exquisito para un estudioso del Derecho Administrativo, pues abarca figuras como la delegación, la importancia del Derecho interno y los límites del poder Ejecutivo (MASHAW, Ob. cit.: 91). Por su parte, la burocratización de la tierra resulta interesante desde el punto de vista de la adjudicación de bienes públicos y del control de la administración por parte del gobierno (ídem: 119).

Continuando con el estudio del siglo XIX, la obra se detiene en la era jacksoniana y estudia la respuesta de la administración frente a los avances tecnológicos, económicos y especialmente políticos de este periodo. La democracia empieza a jugar un rol significativo y es así como los partidos políticos se reorganizan y se logra el sufragio universal masculino, que aunque solo les permitía votar a los hombres blancos, representó un poderoso adelanto (ídem: 47). Dentro de esta era, el autor destaca la reorganización de la administración y la función pública (ídem: 175), la regulación del Estado frente al transporte en buques de vapor (ídem: 187) y la *War Bank* o "Guerra Bancaria" (ídem: 156) como eventos cruciales en la construcción de la Constitución administrativa.

Finalmente, MASHAW esboza el panorama americano después de la Guerra Civil de 1861 y califica el evento bélico como una excelente oportunidad para el fortalecimiento del poder Ejecutivo. A pesar de la incompetencia y la corrupción que caracterizan a la administración de esta época (ídem: 228), el doctrinante rescata la creación de nuevos departamentos administrativos, además de la Comisión del Servicio Civil y la ICC, y la necesidad que vio el Congreso de reorganizarse para lograr un fallido control sobre las nuevas entidades (ídem: 240).

9 Departamento de guerra, de relaciones exteriores y del tesoro (ídem: 34).

10 Se verifica un crecimiento del comercio, la población y el territorio (ídem: 89).

El profesor de Yale concluye su obra con el aparte titulado *Reconsiderando la Constitución Administrativa* (ídem: 283). Retoma algunos de los puntos más importantes de su recorrido histórico, y propone una comparación entre la administración en su primer siglo y la administración actual con respecto a diferentes figuras. Se centra en el control político, y deduce que sus cambios no fueron significativos a lo largo de la historia, a diferencia de la *Judicial review*, la cual encuentra hoy pocos puntos de contacto con su figura original. Por último, se enfoca en la configuración de la estructura interna de las agencias<sup>11</sup>, que si bien en un principio reposaba en el Congreso, hoy se encuentra en cabeza de las agencias mismas (MASHAW, 2010: 980).

De esta manera, el profesor MASHAW remata su exposición invitando al lector a deshacerse de los mitos sobre el surgimiento del Derecho Administrativo. Mitos que no solo representan yerros históricos sino que afectan su entendimiento de la administración actual, ya que ésta, y sobre este punto no existe polémica doctrinal alguna, está moldeada de acuerdo con los principios que la inspiraron en sus albores.

La administración actual es una codificación de sus mejores prácticas en el primer siglo de la República (MASHAW, 2012: 311). Es así como el cabal entendimiento de los pilares que cimentaron a la administración en sus orígenes, resulta útil no solo para la comprensión de su configuración actual, sino para la previsión de sus reformas futuras.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, J. (2005). *La Política del Desarrollo Administrativo en Estados Unidos*. Gestión y Política Pública, vol. XIV, n° 2, s II Semestre de 2005. México D.F.: CIDE.
- CARR, C. (1941). *Concerning English Administrative Law*. New York: Columbia University Press.
- DICEY, A. (1886). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan and Co.
- ERNST, D. LEGAL (2012). *Mashaw's "Creating the Administrative Constitution"*. History Blog. Disponible en <http://legalhistoryblog.blogspot.com/2012/06/mashaws-creating-administrative.html>. Recuperado el 5 de septiembre de 2013.
- GARCÍA-MANSILLA, M.J. (2008). *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos I*. Buenos Aires: Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Disponible en <http://>

11 Para el estudio de la historia de las agencias véase LEVY y GLICKSMAN (2011).

- [www.ancmyp.org.ar/user/files/08garcia%20mansilla.pdf](http://www.ancmyp.org.ar/user/files/08garcia%20mansilla.pdf). Recuperado el 18 de agosto de 2013.
- KELLER, M. (2007). *America's Three Regimes: A New Political History*. New York: Oxford University Press.
- LEVY, R. E. y GLICKSMAN, R. L. (2011). "Agency-Specific Precedents", in *Public Law And Legal Theory Paper*, n° 571. Legal Studies Research Paper, n° 571. Washington: The George Washington University Law School.
- MASHAW, J. (2010). "The American Model of Federal Administrative Law: Remembering the First One Hundred Years", in *The George Washington Law Review*, vol. 78, n° 5. Washington: The George Washington University Law School.
- MASHAW, J. (2012). *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. United States of America: Yale University Press.
- POSTELL, J. (s.f.). "Searching for the Administrative State", in *Library of Law and Liberty*. Disponible en <http://www.libertylawsite.org/book-review/searching-for-the-administrative-state/#comments>. Recuperado el 5 de septiembre de 2013.
- RABIN, ROBERT L. (s.f.). "History Blog. Yale University Press", in *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. Jerry L. Mashaw.
- RAPPAPORT, M. (2013). "Mashaw on the Administrative State", in *Library of Law and Liberty*. Disponible en <http://www.libertylawsite.org/2013/02/09/mashaw-on-the-administrative-state/> Recuperado el 5 de septiembre de 2013.
- United States Reports. Decisions of the United States Supreme Court. Disponible en <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/>. Recuperado el 13 de julio de 2013.
- US State Department. *The Constitution of the United States of America*. Disponible en <http://www.policyalmanac.org/government/archive/constitution.shtml>. Recuperado el 5 de julio de 2013.
- Yale Law School (2013). *ABA Honors Professor Jerry Mashaw, Alumnus Kevin Stack '97 with Administrative Law Award*. Disponible en <http://www.law.yale.edu/news/17392.htm>. Recuperado el 20 de julio de 2013.
- Yale Law School (2013). *Jerry L. Mashaw*. Disponible en <http://www.law.yale.edu/faculty/JMashaw.htm>. Recuperado el 20 de julio de 2013.
- Yale University Press. *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. JERRY L. MASHAW. Disponible en <http://yalepress.yale.edu/reviews.asp?isbn=9780300180022>. Recuperado el 5 de septiembre de 2013.