

LA MORALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ESTADOS UNIDOS: UNA VISIÓN COMPARADA DESDE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA¹

por Dr. José Ignacio Hernández González

SUMARIO

Introducción	02
I. La moralidad interna del derecho administrativo desde el derecho comparado	04
II. Los principios generales del derecho administrativo y la moralidad interna en estados unidos y américa latina	19
III. A modo de conclusión: la moralidad del derecho administrativo y el equilibrio entre las potestades administrativas y la libertad general del ciudadano	50

José Ignacio Hernández González. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School

Resumen: La moralidad del Derecho Administrativo es una propuesta encaminada a posibilitar una acción administrativa racional hacia el bien común, basada en las críticas recientes sobre la expansión del Estado administrativo en Estados Unidos. En lugar de dismantelar el Estado administrativo moderno, Sunstein y Vermeule proponen utilizar las ideas de Fuller sobre la “moralidad interna del Derecho”, para construir un sistema de principios generales. Esta propuesta conecta con los principios generales del Derecho Administrativo, profundamente reconocidos en las leyes de procedimiento administrativo en América Latina, así como en los estándares de buena administración. Por tanto, la moral del Derecho Administrativo facilita el estudio comparado entre el Derecho Administrativo moderno en los Estados Unidos y América Latina.

1. Texto ampliado de la charla impartida en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 24 de noviembre de 2020. Mi especial agradecimiento a los profesores Silvia Díez y Luis Arroyo Jiménez, así como a la profesora Julia Ortega, subdirectora del Centro.

Palabras clave: Estado administrativo, moralidad del Derecho, principios generales del Derecho Administrativo, estándares de la buena administración.

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

INTRODUCCIÓN

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

Estas discusiones, en fecha reciente, se han centrado en torno a la "moralidad interna" del Derecho Administrativo, empleando para ello la expresión de Lon Fuller. Como se explica en este texto, la moralidad del Derecho Administrativo se orienta a determinar en qué medida el Derecho Administrativo está organizado como un sistema jurídico racional bajo los estándares del Estado de Derecho (o "rule of law"). Esta es la propuesta que formulan los profesores Cass R. Sunstein y

Adrian Vermeule en un reciente libro que constituye el centro de este artículo. Así, estos autores han advertido que la moralidad interna es un adecuado instrumento para mejorar la calidad del Derecho Administrativo sin desmedro de las funciones que deben cumplir las Administraciones Públicas.²

De esa manera, el presente artículo aborda esta discusión desde el método comparado del Derecho Administrativo en América Latina, a partir de los planteamientos de Cass R. Sunstein y Adrian Vermeule. Así, como es sabido, en América Latina ha imperado un sistema de Derecho Administrativo más cercano al régimen administrativo francés que al sistema del *common law* de Estados Unidos. Desde un punto de vista comparado, existen principios generales en la región que permiten postular la existencia del Derecho Administrativo Común en América Latina, especialmente, a resultas de las transformaciones derivadas de la cláusula del Estado Social de Derecho y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que asignan a las Administraciones Públicas un *rol transformador*. Con lo cual, las Administraciones Públicas -como ha sucedido en Estados Unidos- han venido acumulando un cúmulo importante de funciones, que marcan su predominancia sobre el Poder Legislativo, así como el reconocimiento de márgenes de deferencia por lo que respecta al control de la jurisdicción contencioso-administrativo.

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

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

2. Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2020.

todo caso, ciertas áreas en las cuales ese cumplimiento es menor. Este artículo identifica dos. La primera área de discordancia parte del llamado “principio de presunción de legalidad del acto administrativo”, que otorga un margen de deferencia más allá de la discrecionalidad, afectado la normatividad y certeza del ordenamiento jurídico-administrativo. La segunda área es la “fragilidad” de las instituciones del Derecho Administrativo, en tanto el Estado administrativo no cuenta con capacidad adecuada para su efectiva implementación.

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

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

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

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

La expansión del Estado administrativo en América Latina se ha desarrollado dentro del sistema de Derecho Administrativo existente; en Estados Unidos, por el contrario, esa expansión se ha desarrollado en el difuso marco derivado de los precedentes jurisprudenciales y la Ley de Procedimiento Administrativo, en el medio de un insistente debate en torno a la legalidad o moralidad de ese Derecho Administrativo. Para abordar este problema desde una perspectiva sistemática, se ha propuesto aplicar los principios de la moralidad interna del Derecho formulados por Lon Fuller. En esta sección explicamos esta propuesta desde el análisis comparado de ambos modelos de Derecho Administrativo.

1. Sobre el concepto de “moralidad” del Derecho en la tesis de Lon Fuller y su proyección al Derecho Administrativo en Estados Unidos. Moral y Administración Pública en el Derecho Administrativo de América Latina

Para poder abordar el concepto de moralidad interna del Derecho Administrativo, es necesario repasar, brevemente, la tesis de Lon Fuller en torno a la *moralidad interna del Derecho*.³ Fuller entiende por “moralidad interna” la aptitud del Derecho de ordenar racionalmente la conducta humana a través de principios que aseguran estándares mínimos de la moralidad de mandatos, así como estándares máximos de la moralidad de aspiración.⁴ La moralidad interna permite valorar al Derecho frente al cumplimiento de ocho principios generales,⁵ que Fuller denomina “principios de legalidad”.⁶

3. Fuller, Lon, *The morality of Law. Revised edition*, Yale University Press, 1964, pp. 33 y ss. Existen traducciones al español de esta obra. Cfr.: *La moral del Derecho*, Editorial Olejnk, Santiago de Chile, 2019. Es importante aclarar que el concepto de “Law” no debe traducirse al español como Ley, sino más bien como Derecho. Luego, la moralidad del Derecho Administrativo no debe limitarse solo al estudio de la Ley. La diferencia entre “Ley” y “Derecho” es tratada a lo largo de este artículo.

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

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

6. Estos principios no prejuzgan sobre el contenido sustantivo de las normas jurídicas, con lo cual, ellos pueden regir a diversos sistemas jurídicos. Fuller, Lon, *The morality of Law. Revised edition*, cit., p. 153. Esto da pie a una discusión que excede de los límites de este trabajo, cual es valorar la moralidad interna de la Ley con su moralidad externa, en concreto, con el contenido sustantivo de la Ley y su posible contradicción con el Derecho natural, lo que marca uno de los puntos de discusión entre Fuller y Hart

Estos principios son (i) la generalidad de las normas, esto es, que las normas deben ser generales y abstractas, y no normas ad-hoc. Además, (ii) las normas deben ser publicadas, lo que exige considerar, adicionalmente, (iii) su claridad, que debe ser una característica propia de la norma, y no un atributo a ser alcanzado por los órganos llamados a su aplicación. Es además necesario considerar (iv) la coherencia entre las normas que conforman el ordenamiento jurídico, evitando de esa manera normas contradictorias. También la claridad exige (v) que las normas sean posibles de cumplir, esto es, que deben evitarse normas que requieran acciones imposibles. (vi) La interdicción de la aplicación retroactiva de la Ley es otro de los principios afirmados por Fuller, así como (vii) la estabilidad del ordenamiento jurídico -lo que implica la interdicción de cambios constantes y/o súbitos. Por último, (viii) debe haber congruencia entre el ordenamiento jurídico y los procedimientos llamados a asegurar su correcta interpretación e implementación.⁷

El grado de cumplimiento de estos ocho principios determinará la moralidad del ordenamiento jurídico y, por ende, redundará en su cumplimiento basado en el deber de obediencia, o sea, su eficacia.⁸ Por el contrario, la violación de esos principios impactará negativamente tanto en la obediencia al ordenamiento jurídico como en su rol aspiracional. La función de estos principios, por ello, es asegurar la existencia efectiva del ordenamiento jurídico, en especial, en cuanto a su capacidad de someter la conducta humana la “gobernanza de la Ley” basada en la racionalidad del individuo para comprender y aplicar ese ordenamiento.⁹ Con lo cual, concluye Fuller, toda violación a la moralidad interna del Derecho resulta lesiva a la dignidad humana.¹⁰

Sin embargo, es importante insistir que la moralidad interna del Derecho no es, para Fuller, un concepto absoluto, sino más bien un parámetro que permite medir el grado de cumplimiento del Derecho a los ocho principios. Y aun cuando Fuller sostiene que esos principios pueden aplicarse a cualquier rama del Derecho,

(pp. 159 y ss.).

7. Fuller, Lon, *The morality of Law. Revised edition*, cit., pp. 33-94.

8. Cit., p. 155-156.

9. Cit., p. 106.

10. Cit., p. 162.

también admite que hay parcelas del ámbito jurídico que no pueden ajustarse a tales principios, en concreto, el ámbito de discrecionalidad con el cual ha de operar el Gobierno. El ejemplo que coloca Fuller responde a un caso tradicional del Derecho Administrativo, y sobre el cual volveremos luego: la administración de recursos escasos, como por ejemplo, el espectro radioeléctrico. Para Fuller, el grado de discrecionalidad que la Administración Pública tiene en esa función impide la estricta aplicación de los principios de la moralidad.¹¹

Con lo cual, la “moralidad del Derecho Administrativo” permite determinar en qué medida el Derecho Administrativo se ajusta a estos ocho principios de legalidad, lo que resulta fundamental de cara a evaluar no solo su eficacia (asociada a la moralidad del deber, que es la moralidad más básica) sino además, la moralidad más elevada de aspiración, promoviendo la “buena vida” y la excelencia de la actividad administrativa.

Ahora bien, de acuerdo con Sunstein y Vermeule, la aplicación de la tesis de la moralidad interna al Derecho Administrativo permite examinar, desde una mejor perspectiva, las críticas al llamado “moderno Estado administrativo”,¹² esto, el Estado cuyo poder se concentra, principalmente, en las Administraciones Públicas a cargo de la gestión concreta del interés público, quienes concentran a tales efectos un cúmulo importante de tareas.¹³ El análisis no se agota en un juicio

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

12. Sunstein, Cass y Vermeule, Andre, “The morality of Administrative Law”, en *Harvard Law Review* número 131, Cambridge, 2018, p. 1928.

13. El Estado Administrativo describe la organización del Estado en la cual se asignan tareas específicas a la Administración Pública, típicamente a través de Leyes aprobadas por el Poder Legislativo. Como Vermeule ha observado, este concepto se basa en la organización del Estado y no prejuzga sobre la intensidad de la actividad llevada a cabo por el Estado administrativo (Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Harvard University Press, Cambridge, 2018, 11-12. Existe una traducción al español, a cargo de Luciano Parejo Alfonso: *La abdicación del Derecho: Del imperio del derecho al estado administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018). La preocupación gira en torno al llamado “moderno Estado administrativo”, en el cual, y partiendo de esa organización, se concentran amplias funciones en las Administraciones Públicas, que predominan sobre el Poder Legislativo. Este moderno Estado administrativo es resultado de las transformaciones del Estado hacia la segunda mitad del siglo pasado. Cfr.: Dwight, Waldo, *The administrative state. A study of the political theory of American Public Administration*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2007, pp. 65 y ss. Para una panorámica general de los problemas derivados del moderno Estado administrativo, desde la democracia constitucional, vid. Hall, Daniel, *Administrative law: bureaucracy in a democracy*, Pearson Prentice Hall Legal Series, New Jersey, 2006, pp. 105 y ss.

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

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

“El centro de nuestra perspectiva es un conjunto de principios que están diseminados en diversos sistemas jurídicos, tanto así que ellos son usualmente analizados bajo la luz de la justicia natural, el debido proceso natural y otras formulaciones similares. En el sistema americano, ellos son comúnmente referidos -no sin cierta imprecisión- como inherentes a la noción del debido proceso legal, en la tradición o en alguna fuente constitucional imprecisa. Nosotros denominamos a esos principios la moralidad del Derecho Administrativo. Se presentan diversos ejemplos, pero solo para estimular la intuición, examinaremos principios como estos: las agencias deben seguir sus propias reglas; las normas reglamentarias retroactivas son desfavorables y deben limitarse para prevenir su abuso, y las declaraciones oficiales de las agencias sobre cuestiones de Derecho y de interés general deben ser congruentes con las reglas que las agencias aplican”.

También los principios de Fuller han sido empleados para cuestionar, con mayor contundencia, al moderno Derecho Administrativo en Estados Unidos. De acuerdo con Epstein,¹⁵ el moderno Derecho Administrativo se aparta de la moralidad interna,

14. Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., pp. 8 y ss.

15. Epstein, Richard, *Modern Administrative Law*, Rowman & Littlefield, Nueva York, 2020, pp. 9-32. Del autor, puede verse también, desde una panorámica general, *The classical liberal constitution*, Harvard Uni-

por la ausencia de un sistema consolidado que asegure la efectividad del control judicial, y que por el contrario, ampara márgenes de actuación inmunes a ese control.

Esta aproximación a la moralidad es distinta al enfoque tradicionalmente empleado en América Latina, en el cual la relación entre la moral y el Derecho Administrativo suele abordarse desde dos perspectivas: (i) el estudio de principios asociados a la buena gestión de asuntos públicos y la prevención de la corrupción, y (ii) la justificación de limitación a la actividad administrativa para la protección de la moral, como destaca la doctrina española, cuya impronta ha sido notable en América Latina.¹⁶ Como se ha resumido desde México, el principio general de moralidad administrativa “*también es fundamental en el procedimiento administrativo, porque la conducta de los servidores públicos que lo conducen debe orientarse por criterios de legalidad, lealtad, justicia, imparcialidad, eficiencia, eficacia y honradez*”.¹⁷

Empero, la idea la “moralidad interna” de acuerdo con la formulación de Fuller y la propuesta de Sunstein y Vermeule, no es del todo extraña al Derecho Administrativo de América Latina, pues entronca con el rol que han cumplido los *principios generales*. Como es sabido, la relevancia de estos principios fue tratada inicialmente en Francia, ante la necesidad del Consejo de Estado de darle contenido al “exorbitante” Derecho Administrativo, que como tal, no podía depender de las normas del Derecho Civil. En ausencia de normas sustantivas del nuevo Derecho exorbitante, el Consejo de Estado construyó el Derecho Administrativo a partir de principios generales.¹⁸

Esta construcción del Derecho Administrativo francés se proyectó a otros sistemas, en los cuales la formulación de los principios generales permitió asegurar la vinculación de la Administración Pública al ordenamiento jurídico, sin necesidad de depender - necesariamente- de normas jurídicas positivas. Tal

versity Press, 2014, pp. 3 y ss.

16. Por todos, vid. González Pérez, Jesús, “El método en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública* N° 22, Madrid, 1955, pp. 11 y ss.

17. Fernández Ruiz, Jorge, “Panorama general del Derecho Administrativo mexicano”, en González-Varas Ibáñez, Santiago (director), *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, INAP, Granada, 2005, pp. 447 y ss.

18. Rivero, Jean, “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo contemporáneo francés”, en *Revista de Administración Pública* N° 6, Madrid, 1951, pp. 289 y ss. Como afirma Rivero, “*pocas construcciones jurídicas en el Derecho positivo contemporáneo presentan afinidad tan clara con la concepción clásica del occidente cristiano, como la teoría de los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Consejo del Estado*” (p. 300).

es el principal aporte de Eduardo García de Enterría en su trabajo sobre *la Ley y los principios generales en el Derecho Administrativo*, en el cual se analiza cómo el surgimiento y evolución del Derecho Administrativo, y su dinamismo asociado a la permanente transformación del Estado, impedían una estricta aplicación de la Ley. Para ello, García de Enterría tuvo en cuenta la “desvalorización moral y social de la ley como técnica de gobierno humano”, en lo que calificó como la crisis del positivismo.¹⁹

Con lo cual, los principios generales -como la interdicción de la arbitrariedad-²⁰ coadyuvan a promover la racionalidad del Derecho Administrativo sin necesidad de depender de regulaciones exhaustivas de la Ley -o sea, del acto normativo dictado por el Poder Legislativo-, todo ello, como “técnica de gobierno humano”. Los principios generales, por lo tanto, aseguran la “positividad” del Derecho Administrativo sin la rigidez del positivismo jurídico. Esta fue la visión incorporada en América Latina, en especial, en las Leyes de procedimiento administrativos, que son mucho más que Leyes que regulan la forma de la actividad administrativa. En realidad, y de acuerdo con Jesús González Pérez, esas Leyes son, antes que nada, Leyes de principios generales,²¹ tal y como recientemente ha insistido Allan R. Brewer-Carías.²²

Los principios generales, además, facilitan la comprensión del Derecho Administrativo en la integralidad de todo el ordenamiento jurídico. La férrea distinción entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo, que en el ámbito dogmático se ha sostenido en América Latina a partir de la tesis de la “exorbitancia” del Derecho Administrativo, en la práctica, es atemperada por los principios generales cuya fuente normativa es reconocida por el Derecho Civil. Además, en cuanto a su formulación, estos principios encuentran analogías importantes con

19. “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública* número 40, Madrid, 1963, p. 198. El trabajo, ampliado, ha sido luego publicado como libro (Cuadernos Civitas, Madrid, 2016).

20. Véase: “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública* número 38, Madrid, 1962, pp. 159-208. Luego publicado como libro (Cuadernos Civitas, Madrid, 2004).

21. González Pérez, Jesús, “Principios del procedimiento administrativo en América Latina”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Vol. 2, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1507 y ss.

22. Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, en especial, pp. 35 y ss.

principios generales propios del Derecho Civil. En América Latina, Delpiazzo ha resumido esta posición, recordando que en Uruguay la recepción de los principios generales encuentra sustento en el Código Civil:²³

“...los principios generales de Derecho están reconocidos como fuente, tanto en el Derecho privado (respecto a todo “negocio civil”, según dice el Código) cuanto en el Derecho público (respecto a los preceptos “que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas”, según la norma constitucional)”.

En todo caso, en América Latina, la fuente normativa de los principios generales de Derecho Administrativo no representa un problema, ni teórico ni práctico. Desde el punto de vista teórico, y por influencia del Derecho francés, se entiende que estos principios forman parte integral del ordenamiento jurídico y, en ausencia de texto legal, pueden incluso derivarse de tal ordenamiento. Pero en realidad, la profusión de las Leyes de procedimientos administrativos en la región ha terminado en la recepción, de una u otra manera, de todos estos principios. Como ha resumido recientemente Allan R. Brewer-Carías:²⁴

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

De allí la distinción entre la Ley -en sentido formal, el acto normativo dictado por el Poder Legislativo- y el “Derecho”, o sea, el ordenamiento jurídico que comprende a los principios generales, que suplen lagunas legales. Tal y como resume Jaime Orlando Santofimio, desde el Derecho Administrativo Colombiano,

23. Delpiazzo, Carlos, *Derecho Administrativo. Volumen I*, Montevideo, 2020, p. 130. Del autor, en similar sentido, vid. “Fuentes del Derecho Administrativo”, en Rodríguez-Arana, Jaime, y Rodríguez, Libardo (directores), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Comares-INAP, Granada, 2015, pp. 125 y ss.

24. *Los principios de procedimiento administrativo en América Latina*, cit., p. 35.

“los principios generales del derecho resultan básicos en el momento de analizar el subsistema del Derecho Administrativo colombiano. Estos principios, como se admite pacíficamente por la doctrina, pueden o no estar contemplados en norma alguna”.²⁵ Esto incluso ha sido reconocido en Costa Rica, en tanto el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública reconoce el valor normativo supletorio de los principios generales (numeral 1), y que en caso de lagunas legales, pueden incluso tener “rango de Ley”.²⁶

Este proceso de formulación y sistematización de principios generales, en América Latina, también se ha visto complementado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Desde el Derecho Constitucional, se ha observado que este Sistema ha permitido consolidar el *Ius Constitutionale Commune* o “Derecho Constitucional Común en América Latina”, enfocado a la promoción del bien común, en especial, a través del reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), que imponen tareas y cargas específicas a las Administraciones Públicas, todo lo cual dota a este Derecho Constitucional de una aspiración “transformadora” (Von Bogdandy).²⁷ Este Derecho Constitucional Común también se proyecta sobre el *Derecho Administrativo Común en América Latina*, reforzando los principios generales del Derecho Administrativo. De acuerdo con Ernesto Jinesta:²⁸

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

25. “Panorama general del Derecho Administrativo en Colombia”, en *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, cit., p. 199.

26. Cfr.: Milano, Aldo, “El Derecho Administrativo Costarricense”, en *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, cit., p. 284. ,

27. Entre muchos otros trabajos, y por todos, vid.: Von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, en *Revista Derecho del Estado* N° 34, Bogotá, 2015, pp. 3 y ss.

28. “La construcción de un Derecho Administrativo común interamericana, reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 11, N° 11, Costa Rica, 2011, pp. 112 y ss.

Dentro de este *Ius Commune Administrativo* en América Latina, sobresale recientemente la importancia dada a los estándares de la buena administración, sistematizados en *Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública*, de 2013.²⁹ Así, en América Latina se ha observado que la buena administración -reconocida como principio general, y en ocasiones, como derecho público subjetivo- promueve la centralidad del ciudadano a través de estándares que asegurando el principio de legalidad, al mismo tiempo, facilitan el ejercicio de la actividad administrativa orientada a la promoción del bien común. En Chile, Claudio Moraga ha señalado que la buena administración actúa al servicio de la persona, sin perder de vista el interés general, de acuerdo con la “ética social”, todo lo cual presupone “el recto y correcto ejercicio del poder público”.³⁰ En Venezuela, Rafael Badell acota que la buena administración “es consecuencia de la nueva formulación del Derecho Administrativo, que se presenta hoy como un derecho del poder para la libertad”.³¹

Por lo tanto, el Derecho Administrativo en América Latina está marcado por la relevancia de los principios generales, debido a cuatro razones que conviene repasar.³² La primera razón es la formación histórica de ese Derecho, que con influencia en el régimen administrativo francés, dio especial importancia a los principios generales sistematizados por doctrina y jurisprudencia. La segunda razón es la proliferación de Leyes de procedimientos administrativos, las cuales dieron cabida a estos principios. La tercera razón es la construcción del “Derecho Administrativo Común” desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La cuarta y última razón, es el reconocimiento de la buena administración -como principio o, en su caso, como derecho subjetivo- a través de diversos estándares cuyo propósito es asegurar que la Administración Pública cumpla efectivamente

29. En general, vid. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y Hernández G., José Ignacio, *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

30. Moraga, Claudio, “Derecho a una buena administración en Chile”, en *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, cit., p. 333.

31. “El derecho a la buena administración”, en *Libro homenaje a Allan R. Brewer-Carías*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, p. 221.

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

con la realización práctica de los cometidos estatales en el marco del principio de legalidad, bajo la centralidad del ciudadano y sus derechos humanos.

Con lo cual, los principios generales del Derecho Administrativo promueven la ordenación racional la conducta humana, todo lo cual exige diferenciar entre el “ámbito de la Ley” y el “ámbito de la juridicidad”.³³ Así, la Ley como acto formal emanado típicamente del Poder Legislativo, fija los límites de la Administración Pública, en especial, mediante la distinción de las áreas que solo la Ley puede atender (reserva legal). La juridicidad va mas allá, en tanto engloba a los principios generales, que resumen elementos fundamentales de la cultura jurídica y permiten integrar la Ley al dinamismo de la Administración Pública. Como resume Cassagne,³⁴ la utilidad de estos principios ha sido realzada por el Derecho Constitucional Común, que centrado en la promoción de los derechos y la dignidad humanos, supone una evolución -que Cassagne incluso califica de “huida”- del positivismo, en el sentido que procurar que la Ley sea guiada por “reglas y principios morales”, asumidos como “reglas de razonabilidad”.

Esta última reflexión de Cassagne permite trazar el paralelismo entre los principios de la moralidad del Derecho Administrativo y los principios generales del Derecho Administrativo. En ambos casos, nos encontramos frente a principios que derivan de la tradición jurídica basada en principios naturales, como el debido proceso, todo lo cual propende a asegurar la racionalidad de la actividad administrativa, sin necesidad de adoptar un exhaustivo sistema de controles legales que enerven la discrecionalidad administrativa. Los principios generales, en suma, como los principios de la moralidad, y citando a Sunstein y Vermeule, tienen el potencial de habilitar la actividad administrativa orientada al bien común, al mismo tiempo que facilitan la implementación efectiva de los valores del Estado de Derecho.³⁵

33. Véase, como referencia general, la obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigida por Juan Alfonso Santamaría Pastor, La Ley, Madrid, 2010. En especial, en esa obra, véase a Sánchez Morón, Miguel, “Legalidad y sometimiento la Ley y al Derecho”, sobre la diferencia entre legalidad y juridicidad (pp. 55 y ss.).

34. Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Reus, Madrid, 2016, pp. 33 y ss., y 72 y ss. Esto demuestra la conexión entre los principios generales del Derecho Administrativo y el Derecho natural, como el autor recuerda en “El Derecho Administrativo Argentino”, *El Derecho Administrativo Iberoamericano* p. 38. Asimismo, del autor, vid. *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, pp. 41 y ss.

35. Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., p. 18.

En resumen, aun cuando en América Latina la “moralidad” es entendida en el sentido de moralidad externa -a partir de la separación entre moral y Derecho-³⁶ la idea de la “moralidad interna” no es del todo ajena, en tanto encuentra un paralelismo con los principios generales del Derecho Administrativo y los estándares de la buena administración.

2. La moralidad del Derecho Administrativo desde la perspectiva comparada

La moralidad del Derecho Administrativo no puede determinarse en abstracto, sino en atención a un determinado modelo de Derecho Administrativo, en este caso, el Derecho Administrativo de Estados Unidos, según los estudios de Sunstein y Vermeule.³⁷ Sin embargo, como vimos, es posible emplear los principios generales de Fuller y los estudios formulados desde el Derecho Administrativo de Estados Unidos, a los fines de proponer la metodología para la determinación de la moralidad del Derecho Administrativo desde la perspectiva comparada del Derecho Administrativo en América Latina (una posibilidad reconocida, en general, por Sunstein y Vermeule).³⁸

El método comparado no es común en el Derecho Administrativo, pues la extrema dependencia de éste al modelo político y social en el cual se inserta, promueve más bien el estudio individual de los distintos modelos de Derecho Administrativo. Empero, el método comparado no es del todo desconocido.³⁹

36. García de Enterría defendió la distinción entre Derecho y Moral (aquí entendida más como “moralidad externa”, de acuerdo con Fuller). Cfr.: “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo”, cit., p. 211.

37. Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit. pp. 13 y ss.

38. De acuerdo con los autores, la moralidad interna toma en cuenta las preocupaciones en torno a la legalidad del moderno Estado Administrativo y la discrecionalidad administrativa, a través de garantías indirectas que no suponen el desmontaje del Estado administrativo, sino la reivindicación -o redención- de la “lógica interna” del Derecho Administrativo. Esta metodología es considerada promisorio, no solo en Estados Unidos sino en otras naciones, pues tiene el “potencial de aceptar el ejercicio legítimo de las funciones del Estado administrativo contemporáneo, y por ello, promover el bien común y el bienestar individual, al mismo tiempo que ayuda a la aplicación efectiva de los valores asociados al Estado de Derecho”. Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., p. 18.

39. Por ejemplo, vid. Bignami, Francesca, “Comparative administrative law”, en *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, pp. 145-170. Véase el temprano libro de Goodnow, Frank, *Comparative Administrative Law*, Burt Franklin, 1903, pp. 6 y ss., quien a través del método comparado llegó incluso a formular una definición general de Derecho Administrativo. Más recientemente, vid. Rose-Ackerman, Susan y Lindseth, Peter, “Comparative administrative law: and introduction”, en *Comparative administrative law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010, pp. 1 y ss. Rose-Ackerman dirige un

De esa manera, la globalización del Derecho Administrativo ha promovido el método comparado, en tanto el Derecho Administrativo Global es, básicamente, el compendio de principios generales de Derecho Administrativo sistematizados por el método comparado y aplicados como fuente del Derecho Internacional.⁴⁰ La integración de la Unión Europea, por su parte, ha promovido el estudio del Derecho Administrativo Europeo.⁴¹ Asimismo, ya aludimos al método comparado para referir al Derecho Administrativo Común en América Latina.

Ahora bien, hay que recordar que la *summa divisio* de la cual se parte en el Derecho Administrativo Comparado distingue entre el modelo del *common law* en países anglosajones, y los modelos inspirados en el régimen administrativo (*regime administrative*) de Francia, de raíz latina e inspirados en el *civil law*.⁴² Existen, como es lógico comprender, modelos intermedios o mixtos. Pero esta distinción dual es útil a fines de escindir, a grandes rasgos, la principal diferencia entre uno y otro modelo, basado en la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil.

Así, el rasgo distintivo de los modelos inspirados en el *regime administrative*, como sucede en América Latina, es que el Derecho Administrativo se concibe como un “Derecho exorbitante del Derecho Común”, o sea, un Derecho que desplaza al Derecho Civil, lo cual pasa por el reconocimiento de cortes u órganos jurisdiccionales especiales para dirimir controversias entre las Administraciones

interesante proyecto sobre Derecho administrativo comparado en la Universidad de Yale, del cual formamos parte. Puede consultarse su página: <http://www.law.yale.edu/intellecualife/compadlaw.htm>

40. Véase sobre esto a Costa, Jean-Paul, “Institutions internationales et Droit administratif comparé”, en *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 41, N°4, París, 1989, pp. 915-918. Schmidt-Assmann, Eberhard, “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional”, en *La transformación del Derecho administrativo*, Global Press, 2008, pp. 103 y ss. En Latinoamérica, vid. Fernández Lamela, Pablo, *Introducción al Derecho administrativo internacional*, Editorial Novum, México D.F., 2012, pp. 30 y ss. En especial, sobre el uso de los principios generales del Derecho Administrativo, vid. Della Cananea, Giacinto, “Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law”, en *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 89 y ss.

41. Vid González-Varas, Santiago, *El Derecho administrativo europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000, pp. 29 y ss. Véase también a Parejo Alfonso, Luciano, *Transformación y ¿Reforma? del Derecho administrativo en España*, Global Law Press, Sevilla, 2012, pp. 35 y ss. Recientemente, vid. Arrojo Jiménez, Luis, “El Derecho Administrativo Europeo como sistema”, en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Volumen 1, Madrid, 2020, pp. 75 y ss.

42. Rivero, Jean, *Curso de direito administrativo comparado*, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 31 y ss.

Públicas y las personas.⁴³ La “exorbitancia” del Derecho Administrativo ha creado incentivos para la creación de un ordenamiento jurídico-administrativo especial, particularmente basado en Leyes de procedimiento administrativo. Por el contrario, el Derecho Administrativo del *common law* no parte de esa distinción, considerando por ello que la Administración Pública puede someterse al Derecho Común sin perjuicio de la existencia de Leyes especiales, bajo el control jurisdiccional de cortes ordinarias. Por ello, esta aproximación no estimula la creación de ordenamientos jurídicoadministrativos especiales.

Esa diferencia dio lugar a una disputa entre Dicey y Jèze, ante las críticas que el primero formuló sobre el régimen administrativo desde el *common law*.⁴⁴ Dicey objetó que el Derecho Administrativo, como una rama especial y exorbitante, tuviese cabida dentro del sistema anglosajón, en el cual los valores del Estado de Derecho se materializaban en el Derecho común o *common law*.

Pero esta diferencia, como recuerda D’Alberty, se ha atemperado, con signos de convergencia.⁴⁵ Esta convergencia ha sido impulsada, desde América Latina,

43. Bajo una visión comparada, en América Latina se entiende que el Derecho Administrativo es distinto y autónomo del Derecho Civil, cuya aplicación a la Administración es en todo caso excepcional. Cfr.: Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo. Parte general*, Paredes, Caracas, 2007, p. 48; Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo. Tomo I*, Depalma, Buenos Aires, 1955, pp. 77 y ss.; Marienfoff, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo, Tomo I*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 199, p. 183, y Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1994, pp. 4 y ss., entre muchos otros. La diferencia es mucho más marcada en Francia, al punto de entenderse que el Derecho Administrativo prevalece sobre el Derecho Civil, aun cuando la Administración Pública, cuando “actúa como un particular”, queda sometida al Derecho Civil, de lo cual deriva una cuestión calificada como “desesperante”: distinguir entre la aplicación del Derecho Administrativo y la aplicación del Derecho Civil. Vid.: Delvolvé, Pierre, *Le droit administratif*, Dalloz, Paris, 2006, p. 82.

44. Dicey, Albert Venn, *Introduction to the study of the law and the Constitution*, novena edición, MacMillan and Col, Limited, Londres, 1952, pp. 328 y ss. Explica Dicey que el *droit administratif* se ancla en ideas ajenas a las premisas fundamentales del Derecho común inglés, especialmente del *rule of law*. Por ello, acota Dicey que “para la expresión *droit administratif* el Derecho Inglés no tiene un equivalente adecuado”. Para Jèze, Dicey limitó el Derecho Administrativo a la situación particular de los agentes públicos. En cualquier caso, observó Jèze que “en Inglaterra, como en todos los países civilizados, estas reglas especiales existen, y no es posible admitir que ellas no existan. Por consiguiente, Inglaterra tiene un derecho administrativo”. (*Principios Generales del Derecho administrativo. Tomo I*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. 1 y ss.). Luego el propio Dicey llegaría a matizar sus críticas, al constar el avance que, el régimen administrativo, había alcanzado en el control efectivo de la Administración (ver el apéndice de Emlyn Wade, a la edición de la obra de Dicey comentada, p. 476). Sobre esta controversia, vid. Entrena Cuesta, Rafael, “La contraposición entre el régimen administrativo y el *rule of law*”, en *Estudios en homenaje a Jornada de Pozas, Tomo III, Volumen I*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 17 y ss.

45. D’Alberty, Marco, *Diritto amministrativo comparato*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 22 y ss. Véase nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 34 y ss. Como se explica allí, el “Derecho Administrativo Global” ha fomentado el estudio comparado de los principios generales del Derecho

por la relevancia del Derecho Civil como fuente del Derecho Administrativo, y el reconocimiento de que, sin perjuicio de la especialidad de éste, las Administraciones Públicas también pueden actuar bajo el Derecho Civil.⁴⁶ Respecto de Estados Unidos, la proliferación de Leyes administrativas ha propendido a la creación de un régimen estatutario especial, diferenciable como tal del Derecho Civil.⁴⁷ La convergencia no significa uniformidad, pero sí la posibilidad de un mayor diálogo basado en los elementos comunes existentes entre el Derecho Administrativo de América Latina y el Derecho Administrativo de Estados Unidos. Pues en suma, en uno y otro modelo, el propósito último es el mismo: prevenir la arbitrariedad de las Administraciones Públicas.⁴⁸ Con lo cual, la relación entre la Ley y la Administración Pública resume la esencia del Derecho Administrativo en uno y otro modelo, en especial, en lo que respecta al control jurisdiccional externo sobre las Administraciones Públicas.⁴⁹

La propuesta de Sunstein y Vermeule, precisamente, demuestra esta convergencia. Aun cuando su propuesta solo se basa en las particularidades del Derecho Administrativo de Estados Unidos - como en detalle se explica en la sección siguiente- lo cierto es que la moralidad del Derecho Administrativo permite comparar los principios generales del Derecho Administrativo en Estados Unidos con los principios generales del Derecho Común en América Latina. La existencia de esos principios generales presupone la existencia de Administraciones Públicas que actúan para atender al bien común. Esta actividad administrativa genera riesgos frente a la libertad general del ciudadano, frente a lo cual, los principios de la moralidad, inspirados en la obra de Fuller, permiten

Administrativo como fuente del Derecho Internacional.

46. Brewer-Carías, Allan, "La interaplicación del Derecho público y del Derecho privado a la Administración Pública y el procedimiento de huida y recuperación del Derecho administrativo", *II Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*, FUNEDA, Caracas, 1996, p. 31.

47. En general, sobre esta evolución, vid. Stewart, Richard, "The reformation of Administrative Law", en *Harvard Law Review*, Volúmen 88, número 8, 1975, pp. 1671 y ss.

48. Vid.: Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Little, Brown, 1991, p. 1. La definición se toma de William Wade, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2004, p. 4. La función de control es característica del Derecho Administrativo del régimen francés (*Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2008, p. 10). En América Latina, entre otros, vid. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I. Parte General, FUNEDA, Caracas, 2001, p. V-19.

49. El alcance del control jurisdiccional depende de la organización propia de cada modelo. La regla general es que en América Latina, ese control reside en el Poder Judicial, al igual que en Estados Unidos. Sin embargo, y a diferencia de Estados Unidos, este control jurisdiccional, dentro del Poder Judicial, tiende a estar asignado a cortes especializadas, aun cuando ciertos países asignan ese control a cortes ordinarias, como es el caso de Brasil y Argentina. En Colombia impera el modelo de consejo de estado. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *Leyes de lo contencioso administrativo en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019, pp. 18 y ss. Por ello, preferimos hablar en términos generales del control jurisdiccional o de la jurisdicción contencioso-administrativa, y no solo del "control judicial".

promover la mayor racionalidad del ordenamiento jurídico-administrativo. Como se observa, y esta es una idea sobre la cual luego se volverá, estos principios tienen una doble faz, pues no solo restringen la actividad administrativa, sino que también, habilitan el ejercicio de esa actividad para el bien común. Desde la perspectiva de América Latina, resulta sugerente esta reflexión de Sunstein y Vermeule:⁵⁰

“El problema reside en la atenta selección de ciertos riesgos -los riesgos de la actividad del gobierno, frente a los riesgos de su inactividad; los riesgos derivados de las funciones del gobierno, en oposición a la disfuncionalidad del gobierno...”

Con ello, quiere recordarse que tan contrario a Derecho es el abuso de poder como la inactividad administrativa. Desde el Derecho Administrativo Común en América Latina, hay que recordar que la inactividad administrativa puede tener efectos adversos en la promoción del desarrollo inclusivo, y por ello, en el cumplimiento del rol transformador de las Administraciones Públicas. Por ello, perspectiva de la moralidad del Derecho Administrativo permite recordar que los principios generales deben también orientarse a prevenir esa inactividad.⁵¹

En resumen, la convergencia entre los modelos de Derecho Administrativo en Estados Unidos y en América Latina, encuentra un punto adicional de anclaje en la propuesta de los principios de la moralidad del Derecho Administrativo, vista su conexión con los principios generales del Derecho Administrativo Común en América Latina. En la sección siguiente ahondamos en este análisis comparado, desde la perspectiva de la relación entre las Administraciones Públicas y el Derecho.

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

La sección anterior explicó el marco teórico dentro del cual la tesis de la moralidad interna del Derecho de Lon Fuller ha sido aplicada al Derecho Administrativo en Estados Unidos. Aun cuando la tesis de Fuller no es conocida en el Derecho

50. Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, pp. 34-35.

51. En general, vid. Urosa Maggi, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*, FUNEDA, Caracas, 2003, pp. 70 y ss.

Administrativo en América Latina, guarda importantes conexiones con la figura de los principios generales y los estándares de la buena administración, sistematizados en las Leyes de procedimiento administrativo. Más allá de la diferencia entre esos modelos de Derecho Administrativo, hay puntos en común desde las tensiones existentes en la relación entre Administración y el Derecho, todo lo cual realza la relevancia de los principios generales, con el doble efecto que éstos tienen.

Partiendo de estas consideraciones generales, la presente sección aborda la relación entre Administración y Derecho desde el análisis comparado de los principios de la moralidad en Estados Unidos y los principios generales del Derecho en América Latina. Para ello, es preciso analizar cuál es la utilidad práctica que estos principios tienen, todo lo cual pasa por repasar los aspectos generales de la relación entre Administración y Derecho. Luego de ello, analizaremos, en específico, la aplicación práctica de esos principios.

1. El ámbito de discrecionalidad de las Administraciones Públicas frente al Derecho en Estados Unidos y América Latina

Una de las aplicaciones prácticas de los principios de la moralidad y los principios generales, reside en el reconocimiento de un “ámbito de actuación propio” de las Administraciones Públicas frente al Derecho. Por “ámbito propio” entendemos el reconocimiento de técnicas de la actividad administrativa que no están determinadas exhaustivamente por la Ley, y respecto de las cuales el control jurisdiccional es limitado. Esto es, en términos generales, el ámbito de discrecionalidad. El resultado práctico de lo anterior es la reducción del ámbito de la Ley sobre las Administraciones Públicas, lo que genera riesgos para el ejercicio arbitrario de la actividad administrativa. De allí la pertinencia de la propuesta de los principios de la moralidad, pues éstos -como sucede con los principios generales- previenen la arbitrariedad de la Administración pero sin negar la necesidad de del “ámbito propio” de actuación.

A. Breve repaso a la evolución histórica del Derecho Administrativo en Estados Unidos y en América Latina, desde la “sistematización” del Derecho Administrativo

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

En Estados Unidos, como recuerda Epstein, el moderno Derecho Administrativo es resultado de las políticas públicas del New Deal, que llevaron a reconocer, por Ley, amplias funciones a las agencias administrativas.⁵² Lo peculiar es que el reconocimiento de esas funciones se dio en ausencia de un sistema especial de Derecho Administrativo. En efecto, desde el siglo XIX el Congreso ha creado Administraciones Públicas o “agencias” a cargo de tareas específicas -incluso, con cierto grado de independencia frente al Poder Ejecutivo. A inicios del siglo XX un sector de la doctrina debatió sobre si esas agencias debían quedar reguladas por reglas especiales, inspiradas en el Derecho Administrativo de Alemania, posición que finalmente fue descartada. Con lo cual, el surgimiento del moderno Estado administrativo tuvo lugar dentro del *common law*, o sea, en ausencia de un sistema especial de Derecho Administrativo, todo lo cual explica la tardía aparición de textos dogmáticos.⁵³

52. Epstein, Richard, *The dubious morality of modern administrative law*, cit., pp. 2-4.

53. En 1887 es creada la primera agencia, la Comisión de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Commission* (ICC)). Para su concepto y orígenes, vid. Cushman, Robert Eugen, *The independent regulatory commissions, 1889-1969*, Oxford University Press, Oxford, 1941. El autor analiza los antecedentes de la ICC (pp. 37-130), así como las agencias creadas con ocasión al *New Deal* (pp. 327-415). De especial interés es el análisis del marco constitucional aplicable (pp. 417-479). En general, vid. Murphy, Richard, y Koch, Charles H. *Administrative Law and Practice*, Thomson West, 2010, pp. 9 y ss. Por ello, el surgimiento de la doctrina del Derecho Administrativo es más bien tardía. Así, el primer texto conocido de Derecho Administrativo en Estados Unidos fue publicado en 1905 (Goodnow, Frank, *Principles of the Administrative Law of the United State*) y el primer libro de casos fue publicado en 1911 (Freund, Ernst, *Cases and Administrative Law*). El desarrollo teórico de la disciplina se considera iniciado con el libro de Walter Gellhorn (*Administrative Law Cases and Comment*, de 1940). Véase en especial a Ernst, Daniel, *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1-9, con el análisis de las propuestas de Freund (a favor de la aplicación del *common law*) y Frankfurter (a favor de la aplicación de los principios del Derecho Administrativo Alemán). En español, véase el trabajo de Moreno Molina, Ángel Manuel, *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III de Madrid- Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

La Corte Suprema, en el caso *Crowell v. Benson*, de 1932, estableció un conjunto de reglas -generales, por lo demás- llamadas a diferenciar el common law del naciente Derecho Administrativo, plasmado en las Leyes de creación de las agencias.⁵⁴ En todo caso, la consolidación de estas reglas especiales se daría en 1946, con la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativos (Administrative Procedure Act, APA).⁵⁵ Esta Ley fue consecuencia de la expansión de las actividades a cargo de las Administraciones Públicas -en el llamado moderno Derecho Administrativo- luego del *New Deal*, en especial, a partir de 1935. Para prevenir la arbitrariedad de ese moderno Derecho Administrativo, y apalancar su racionalidad, la Ley estableció reglas generales no solo relacionadas al procedimiento administrativo para dictar reglamentos y actos administrativos individuales, sino también, en cuanto a la revisión judicial de la actividad -e inactividad administrativa. Por ello, no se exagera al decir que la Ley de Procedimientos Administrativos es la piedra fundacional del “moderno” Derecho Administrativo en Estados Unidos. Así, este rol de la Ley de Procedimiento Administrativo fue resumido por la Corte Suprema de Justicia en el caso *Wong Yang Sung v. McGrath*, de 1950:⁵⁶

“Por tanto, la Ley refleja un largo período de estudio y lucha; resuelve contiendas prolongadas y duramente reñidas, y desarrolla una fórmula sobre la que se han asentado fuerzas sociales y políticas opuestas. Contiene muchos compromisos y generalidades y, sin duda, algunas ambigüedades. La experiencia puede revelar defectos. Pero sería un flaco favor a nuestra forma de gobierno y al procedimiento administrativo, si los tribunales no cumplieran, en la medida en que lo justifican los términos de la Ley, en dar efecto a sus propósitos de remedios, allí donde aparezcan los males que pretendían”.

Para Sunstein y Vermeule, la teoría de la moralidad interna refleja la aspiración a la cual hace referencia el caso *Wong Yang Sung*, bajo la cual la Ley de Procedimiento Administrativo debe procurar el equilibrio entre las posiciones adversas que se

54. *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22 (1932). Vid. Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, cit., 24 y ss. La Corte Suprema, al fijar estas reglas, reconoció que la determinación de hechos por los agencias -cumpliendo formalidades propias del debido proceso- no es una invasión inconstitucional de áreas del Poder Judicial (p. 285).

55. Epstein, Richard, *The dubious morality of modern administrative law*, cit., pp. 3-4. En general, vid. Koch, Charles, *Administrative Law and practice*, Volume 1, Chapters 1-4, West Thomson Reuters, 2010, pp. 2 y ss.

56. *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950), p. 339.

plasmaron luego del *New Deal*. Para ello, proponen tomar en cuenta este *propósito* de la Ley, y no solo su contenido literal. Esto plantea, sin embargo, un problema práctico, pues no todos los principios de la moralidad encuentran recepción clara en el contenido literal de la Ley -aun cuando sí son consistentes con su propósito final. Empero, la Corte Suprema en el caso *Vermont Yankee*, de 1976, pareció darle mayor peso a la interpretación textual de la Ley, que a la interpretación basada en sus propósitos.⁵⁷

La situación histórica en América Latina, y salvando el análisis de cada modelo en particular, es justamente la contraria: primero surgió el Derecho Administrativo, como un Derecho especial, y luego surgió el “moderno” Estado administrativo, que en la región, se corresponde con la transformación del Estado Liberal en Estado social y el surgimiento de la Administración Prestacional, principalmente, a mediados del siglo pasado con el advenimiento de la cláusula del Estado Social.⁵⁸

De esa manera, cuando las Administraciones Públicas expanden su actividad como resultado del advenimiento del Estado Social, hacia a mediados del siglo XX, el Derecho Administrativo en América Latina estaba -en términos generales- bastante formado, como un sistema de principios y reglas inspirados en el *régimen administrativo*, lo que permitió incorporar los aportes de la doctrina y la jurisprudencia comparadas, en especial, en Francia,⁵⁹ luego recogidos en las Leyes

57. La diferencia, sutil por lo demás, entre el *texto* de la Ley y su *propósito*, es tomada en cuenta por los autores para reflejar los conflictos en cuanto a la base legal de los principios de la moralidad interna, pues no todos ellos tienen cobertura expresa esa Ley. El caso *Wong Yang Sung* alude a los “propósitos” de la Ley, y no solo a su texto. Esta referencia fue sin embargo suprimida en el caso *Vermont Yankee*, en el que la Corte invocó ese antecedente para fijar límites al control judicial, pero sin alusión a los “propósitos” de la Ley. Vid.: *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC*, 435 U.S. 519 (1978), de 27 de noviembre, p. 425. Vid.: *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., pp. 9-10.

58. En América Latina, la “Administración Pública prestacional” es resultado de la transformación del constitucionalismo, que bajo la cláusula del Estado Social, reconoció derechos sociales o derechos prestacionales. Desde la Constitución de Querétaro, en 1917, esta transformación constitucional se proyectó en la ampliación de la intervención administrativa en el orden socioeconómico, en un movimiento que en rasgos generales, aparece consolidado a mediados del pasado siglo. En general, vid. Gargarella, Rafael, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 140 y ss.

59. Para una aproximación histórica del Derecho Administrativo desde el punto de vista comparado, véase a Montaña Plata, Alberto y Matilla Correa, Andry (coordinadores), *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Jorge Fernández Ruiz*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016. Véase también a Rodríguez, Libardo, “La explicación histórica del Derecho Administrativo”, en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*, Universidad Autónoma Nacional de México, Ciudad de México, 2016, pp. 293.

de procedimiento, que como resume Brewer-Carías, conforman un verdadero “Derecho Administrativo Común” en la región.⁶⁰

Este dato histórico permite apreciar la diferencia histórica entre el Derecho Administrativo de Estados Unidos y en América Latina, a partir de la “sistematización” de ese Derecho. A estos efectos, entendemos por “sistema” de Derecho Administrativo, la ordenación dogmática de las instituciones que rigen a la Administración Pública, en especial, respecto de sus relaciones con los ciudadanos, mediante reglas y principios propios y diferenciados del Derecho Civil (sin perjuicio de su aplicación al Derecho Administrativo).⁶¹ El Derecho Administrativo en América Latina aparece estructurado como un sistema concentrado de reglas y principios, hilvanados por la dogmática jurídica, muy en especial, a partir de las Leyes de procedimientos administrativos.⁶² Pero en Estados Unidos, como se ha observado, esta sistematización es tarea compleja, vista la poca densidad normativa de las Leyes administrativas y la dependencia a los precedentes jurisprudenciales, siempre atados a casos concretos.⁶³

De allí la utilidad de la propuesta de Sunstein y Vermeule, en Estados Unidos, en tanto los principios de la moralidad pueden contribuir a dar contenido sistemático a ese Derecho Administrativo, en parte -quizás- supliendo las deficiencias derivadas de la decisión histórica de organizar ese Derecho de acuerdo con el sistema del *common law*. Pero ello plantea un problema no resuelto: los principios de la moralidad son difíciles de ubicar en la Ley de Procedimiento Administrativo, todo lo cual podría justificar darle mayor relevancia al “propósito” de esa Ley, como se sostuvo en *Wong Yang Sung*, y no tanto al análisis literal, como parece

60. Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, cit.

61. Por ejemplo, vid. Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.

62. Como se ha observado, la “complejidad del Estado, en cuanto a la actividad que desarrolla, permite ser sistematizada a través del procedimiento administrativo. Esta sistematización, de por sí, configura un avance en el desarrollo del derecho administrativo”. Aberastury, Pedro y Blanke, Hermann-Josef, “Introducción”, en *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Eudeba-Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2011, p. 11.

63. Bell, Joanna, *The Anatomy of Administrative Law*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2020, en especial, p. 252. La anatomía del Derecho Administrativo en Estados Unidos, propuesta por Bell, pone al descubierto un complejo ordenamiento que dificulta la identificación de un concepto organizacional, o sea, de un concepto que pueda abarcar sistemáticamente a todo el Derecho Administrativo.

haberse afirmado en Vermont Yankee.⁶⁴ Este no es un problema práctico en el Derecho Común de América Latina, pues como vimos, no solo se admite la aplicación de los principios generales más allá de su recepción positiva en la Ley, sino además, por cuanto las Leyes de procedimiento administrativo han recogido, de manera sistemática, muchos de esos principios.⁶⁵

B. Administraciones Públicas y Derecho desde el ámbito de la Ley y el ámbito del control jurisdiccional en el estudio comparado del Derecho de Estados Unidos y Latinoamérica

La distinta evolución histórica del Derecho Administrativo en Estados Unidos y América Latina, y las diferencias en torno a la “sistematización” de ese Derecho, no impide considerar la convergencia de temas en cuanto a la relación entre Administraciones Públicas y Derecho, desde dos dimensiones, a saber, el ámbito de la Ley y el ámbito del control jurisdiccional.

En Estados Unidos, el surgimiento del “moderno” Estado administrativo, luego del *New Deal*, se caracterizó por ampliar cuantitativamente las técnicas de intervención administrativa de las agencias, partiendo del modelo de organización que había sido formado en el siglo XIX. Así, y siguiendo a Vermeule, lo “moderno” del Estado administrativo no es el reconocimiento de funciones administrativas a cargo de las agencias, pues incluso antes del *New Deal*, el Estado administrativo se había basado en el reconocimiento de la actividad administrativa ubicada en el Poder Ejecutivo y no en el Poder Legislativo.⁶⁶ De allí que las críticas apuntan más a las deficiencias del moderno Derecho Administrativo, al considerarse que éste no se ajusta al cúmulo de tareas reconocidas a las Administraciones Públicas modernas.⁶⁷ En otros términos: el moderno Estado administrativo, de acuerdo con esta percepción crítica, no ha

64. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., p. 9.

65. Como explica Claudio Moraga desde Chile, los principios generales son “ideas matrices o propiedades normativas destinadas a integrar regulativamente –que no de manera simplemente explicativa ni supletoria– las actuaciones que se llevarán a cabo en y para la sustanciación del procedimiento”. Cfr.: “Procedimiento administrativo chileno”, en *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, cit., p. 362.

66. Vermeule, Adrian, *Law’s Abnegation: From Law’s Empire to the Administrative State*, cit., 36 y ss.

67. Con lo cual, como reconoce Epstein (*The dubious morality of modern administrative law*, pp. 9 y ss.), antes que desmontar el Estado administrativo moderno, la crítica apunta hacia el contenido del Derecho Administrativo moderno.

estado acompañado de la construcción del moderno Derecho Administrativo como un sistema efectivo de control de las agencias.

Con lo cual, la propia existencia del moderno Estado administrativo ha sido objeto de críticas, en especial, al considerarse que él es resultado de la violación del principio de no-delegación, conforme al cual el Congreso no puede delegar la función legislativa en las Administraciones Públicas. En 1935, la Corte Suprema de Justicia consideró que el amplio reconocimiento por Ley de funciones a cargo de las agencias, en el marco del *New Deal*, implicaba la inconstitucional delegación de la función legislativa en el Poder Ejecutivo.⁶⁸ Sin embargo, en 1937 la Corte avaló la constitucionalidad de Leyes que confieren -o delegan- amplias funciones al Poder Ejecutivo.⁶⁹ En la práctica, el principio de no-delegación ha quedado circunscrito a casos -excepcionales, por los demás- en los cuales la Ley confiere funciones al Poder Ejecutivo de manera indeterminada, ilimitada o ambigua.⁷⁰ Con lo cual, en realidad, el centro de interés no es la delegación de la función legislativa, sino los límites del ejercicio de esa función, todo lo cual ha generado críticas en cuanto al ámbito de dominio efectivo de la Ley sobre las Administraciones Públicas.⁷¹

Al admitirse que la Ley puede encomendar tareas diversas a las Administraciones Públicas, la atención se llevó al ámbito de la revisión judicial, materia tratada

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

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

70. Breyer, Stephen, et al., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, text and cases*, Wolter Kluwer Law & Business, Nueva York, 2011, pp. 64 y ss.

71. Al concluirse que la atribución de diversas funciones a las Administraciones Públicas no contradice el principio de no-delegación, un sector ha cuestionado la ausencia de vinculación de la Administración a la Ley, postulando un mayor dominio de ésta. Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, Chicago, 2014, pp. 377 y ss. En contra, se ha observado que, de conformidad con el principio de no-delegación, la Ley ha cedido racionalmente espacio a favor del moderno Estado administrativo. Vid.: Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, cit., 36 y ss.

en la Ley de Procedimiento Administrativo. De allí que esa Ley es valorada como un punto de equilibrio entre el reconocimiento de esas complejas tareas, y la necesidad de procurar adecuados controles que prevengan la arbitrariedad, incluso, a través del control judicial. Así, la Sección 706 de esa Ley regula los estándares de revisión (“*standards of review*”), a través de los cuales la actividad administrativa puede ser controlada por el Poder Judicial, tanto por cuestiones de Derecho como de hecho, incluyendo casos de actos considerados arbitrarios, caprichosos, resultado del abuso de discreción o que resulten violatorios a la Ley.⁷²

La jurisprudencia ha interpretado esas reglas a partir del reconocimiento del margen de deferencia de la Administración Pública. La piedra angular es el caso *Chevron* -el más citado en el Derecho de Estados Unidos.⁷³ En apretada síntesis, la sentencia *Chevron* establece que el control judicial sobre cuestiones de Derecho debe basarse en dos pasos, a los fines de interpretar la asignación, por Ley, de competencias a la Administración Pública.⁷⁴ El primer paso es determinar si la competencia asignada a la Administración Pública fue regulada de manera clara y directa en la Ley, pues en tal supuesto, el control judicial se orienta a interpretar la Ley y contrastar la interpretación asumida por la Administración. El segundo paso aplica en casos de competencias asignadas de manera ambigua. Aquí, la corte no puede imponer su propia visión, sino que por el contrario, debe determinar si la interpretación asumida por la

72. La sección 706 de la Ley fija estas reglas, que parten del reconocimiento del control jurisdiccional sobre “todas las cuestiones legales relevantes”, incluyendo las “disposiciones constitucionales y estatutarias”, y la competencia del juez de determinar “el significado o la aplicabilidad de los términos de una acción de la agencia”. Este control jurisdiccional puede extenderse a sentencias de condena (numeral 1) y a sentencias que declaren la ilegalidad de los actos de la Administración, incluyendo sus “hallazgos y conclusiones”, en cinco supuestos listados en esta sección. Estos supuestos aplican al acto que sea considerado (i) “arbitrario, caprichoso, un abuso de discreción o que no esté de acuerdo con la Ley”; (ii) contrario al derecho, poder, privilegio o inmunidad constitucional; (iii) dictado en exceso de “la jurisdicción, autoridad o limitaciones legales”, o que viole “los derechos legales”; (iii) dictado sin observar el procedimiento requerido por la Ley; (iv) no respaldado “por evidencia sustancial” o (v) que se base en hechos errados, “sujetos a revisión plena por el tribunal de revisión”. Vid.: Pierce, Richard, *Administrative Law Treatise*, Volúmen II, Wolters Kluwer, 2010, pp. 975 y ss., y Volúmen III, pp. 1565 y ss.

73. *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984), de 25 de junio de 1984. En general, vid. Breyer, Stephan, *et al*, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problemas, Text, and cases*, cit., pp. 287 y ss.

74. Este criterio aplica, como principio, al ejercicio de competencias normativas de la Administración Pública, lo que lleva a considerar un paso previo, esto es, determinar si la Ley ha asignado a la Administración ejercicio de potestades normativas. Con lo cual, decisiones administrativas no que responden a la esa asignación de competencias, no se rigen por los dos pasos definidos en *Chevron*, en lo que se conoce como el “paso cero”. Vid.: Sunstein, Cass, “*Chevron Step Zero*”, en *Virginia Law Review* N° 2, Volumen 92, 2006, pp. 187 y ss.

Administración es “permisible”.⁷⁵ Este criterio ha sido concretado al señalarse que la interpretación de los reglamentos administrativos, igualmente, debe presumirse válida -salvo cuando resulte evidentemente errónea o inconsistente con esa regulación, en lo que se conoce como la deferencia *Auer*.⁷⁶ En la revisión de cuestiones de hecho, por el contrario, no se reconoce deferencia alguna (especialmente, desde el caso *State Farm*).⁷⁷

Epstein critica esta interpretación jurisprudencial, al considerar que los criterios de deferencia establecidos en *Chevron* no se desprenden de la Sección 706 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que por el contrario, reconoce al Poder Judicial el control judicial pleno sobre la actividad administrativa, no solo en cuestiones de Derecho sino también de hecho. Por ello, el criterio *Chevron* -y tanto más, criterios como el mantenido en *Auer*- han sido objetados, al señalarse que propenden a la arbitrariedad de la Administración Pública.⁷⁸ Sunstein y Vermeule utilizan la tesis de la moralidad interna de Fuller, precisamente, para paliar las posibles fallas de este sistema de deferencia judicial, reconociendo que los principios de la moralidad pueden brindar garantías suplementarias para la salvaguarda del Estado de Estado.⁷⁹

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

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

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

78. Epstein, Richard, *The dubious morality of modern administrative law*, cit., pp. 85 y ss., y 183 y ss. Recientemente, Sunstein ha negado que el criterio *Chevron* sea contrario a la Ley de Procedimiento Administrativo. Vid.: Sunstein, Cass R., *Is Chevron Inconsistent with the APA?* (4 de diciembre de 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3742429>

79. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., pp. 135 y ss.

En América Latina -debido a la influencia del modelo francés de Derecho Administrativo, y en especial, del Derecho Administrativo Español- el interés no se ha centrado tanto en las restricciones a la “delegación” de la función legislativa, sino en la formulación del principio de legalidad, y su corolario, la reserva legal. El principio de legalidad postula la vinculación de la Administración Pública a la Ley, según se trate de la vinculación negativa -para la actividad prestacional- o de la vinculación positiva -para la actividad de limitación. Por su parte, la reserva legal determina la existencia de materias que únicamente pueden ser reguladas por la Ley, como en especial sucede con la restricción de derechos públicos subjetivos, típicamente, en la actividad de limitación.⁸⁰ A partir de la construcción teórica de la reserva legal, se ha concluido que la Ley no puede encomendar a la Administración Pública la restricción de derechos públicos subjetivos, sin una cobertura legal mínima adecuada, quedando proscrita las remisiones amplias e indeterminadas, conocidas como “cheques en blanco” o, en su caso, “deslegalizaciones”. Estos límites han sido especialmente tratados respecto de la potestad reglamentaria, que siempre ha de quedar subordinada a la Ley.⁸¹

En todo caso, en América Latina, de manera tradicional, el Derecho Administrativo ha sido concebido como un *Derecho del poder*, con un lenguaje que propende a la vocación expansiva del “interés público”, mediante “prerrogativas exorbitantes”.⁸² La influencia del Derecho Administrativo francés contribuyó a que el Derecho Administrativo en América Latina, en especial hacia mediados del siglo pasado, apareciese centrado en el reconocimiento de “privilegios y prerrogativas” que reducían la calidad de la vinculación de la Administración Pública a la Ley, y marcaban la primacía del poder frente a la libertad. Los procesos de democratización en la región propendieron a variar esta percepción, a través de un proceso de “constitucionalización del Derecho Administrativo”, esto es, de reconocimiento del carácter vinculante de los derechos humanos y los principios de la democracia constitucional, en especial, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁸³ El reconocimiento de los estándares de la buena

80. Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo. Estudio de Derecho Comparado*, cit., pp. 27 y ss.

81. Por ejemplo, para el caso de Perú, vid. Danós Ordoñez, Jorge “El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano”, en *VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VII Jornadas de Derecho Administrativo y Constitucional*, Universidad de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 2017 y ss.

82. Véase el clásico trabajo de Escola, Héctor, *El interés público*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 14 y ss.

83. El control jurisdiccional sobre las Administraciones Públicas debe basarse en la aplicación de la Con-

administración, precisamente, responde a ese cambio, en tanto ellos parten de la centralidad del ciudadano -y no ya de la centralidad del poder- todo lo cual pasa por atemperar el lenguaje del Derecho Administrativo basado en la definición unilateral -y en ocasiones, autoritaria- del Derecho Administrativo. Con todo, todavía hay instituciones que responden a esta concepción estatista, como el principio de presunción de validez del acto administrativo, como veremos de seguidas.⁸⁴

Así, en América Latina, la relación entre la Administración y el Derecho desde la perspectiva del control jurisdiccional se ha basado en la teoría general de la discrecionalidad, con la clásica distinción entre la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad técnica, en este caso, a través de los “conceptos jurídicos indeterminados”. Desde una perspectiva general, tanto en uno como en otro caso se han reconocido límites al control judicial, a través del reconocimiento del margen de deferencia de la Administración Pública, pero muy en especial, en lo que respecta al ejercicio la potestad discrecional en sentido estricto, en tanto el control jurisdiccional no puede sustituirse en la valoración del interés general, aun cuando sí puede asegurar no solo el cumplimiento de los elementos reglados sino también de los principios generales del Derecho.⁸⁵

En especial, el reconocimiento de los estándares de la buena administración, y la transición del *Derecho Administrativo del poder al Derecho Administrativo centrado en los ciudadanos*, ha coadyuvado a incrementar la calidad del control sobre la discrecionalidad administrativa. No se trata, se advierte, de negar la

vención Americana sobre Derechos Humanos, incluso, de manera preferente al ordenamiento jurídico doméstico. Este “control de convencionalidad” ha coadyuvado a la construcción del Derecho Administrativo Común en América Latina. Véase en especial a Brewer-Carías, Allan, “Derecho Administrativo y Control de la Convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México Volumen 67, N° 268*, Ciudad de México, 2017, pp. 108 y ss.

84. Una reflexión crítica puede verse en Bonina, Nicolás y Diana, Nicolás, *La deconstrucción del Derecho administrativo*, Editorial Novum, México, 2012, pp. 203 y ss.

85. De origen italiano, esta distinción diferencia entre la potestad que permite a la Administración concretar, a su arbitrio, el interés general, y la potestad de aplicar conceptos jurídicos indeterminados en la Ley -pero determinables en el caso concreto, típicamente, por medio de una actividad técnica. En este último caso, se alude a la “discrecionalidad técnica”, que no implica la valoración y concreción del interés general. Nuestro análisis se centra, en especial, en el primer caso, en sentido estricto, de discrecionalidad administrativa. Entre otros, vid. Cassagne, Juan Carlos, “La discrecionalidad administrativa”, en *Foro Jurídico N° 9*, Lima, 2009, pp. 82 y ss.

pertinencia de este ámbito de actuación discrecional, sino de apelar a principios generales de la buena administración para asegurar su ejercicio racional.⁸⁶

Empero, todavía perviven algunas instituciones que responden más a la concepción del Derecho Administrativo centrado en el poder con un control de legalidad reducido. Nos referimos al principio de *presunción de legalidad del acto administrativo*, cuya aplicación práctica puede conducir al reconocimiento de un margen de deferencia a la Administración, incluso, más allá del ejercicio de potestades discrecionales. Este principio postula que los actos administrativos deben presumirse válidos, salvo que la invalidez sea debidamente acreditada -lo que, en un sentido amplio, podría trasladarse incluso a definir la carga probatoria.⁸⁷ Esta interpretación, en todo caso, ha sido cuestionada, al señalarse que la “presunción de validez” es una construcción teórica que justifica la potestad de autotutela ejecutiva - pero no una regla procesal de relevancia para el control jurisdiccional. Con lo cual, los límites a se control deberían quedar enmarcados en la teoría general de la discrecionalidad. La posición predominante, sin embargo, es asignar al acto administrativo una presunción general de validez, que tiende a invertir la carga de la prueba y, en la práctica, otorga a la Administración Pública una posición de primacía -más allá del margen de deferencia derivado del ejercicio de la potestad discrecional. Tanto más, observamos, si prevalece la concepción del Derecho Administrativo como un Derecho del poder -y no como un Derecho al servicio de los ciudadanos.⁸⁸

86. La doctrina española ha sido muy influyente en este punto. Vid.: Ponce Solé, Juli, “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración” en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 175, Madrid, 2016, pp. 57 y ss.

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

88. Desde la formulación tradicional, vid. Esquivel, Arturo, “Reflexiones sobre la presunción de legalidad del acto administrativo en el Derecho mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México Volumen 58*, N° 250, 2008, pp. 233 y ss. Asimismo, en Colombia, el Consejo de Estado ha concluido que los actos administrativos “se encuentran amparados por la presunción de legalidad derivada del sometimiento coercitivo de la actividad administrativa al ordenamiento jurídica, propio de los Estados Sociales de Derecho y, por lo mismo, su control judicial se encuentra sujeto a una carga procesal de alegación por parte de quien pretenda desvirtuar la presunción, demarcando de esa forma tanto el terreno de defensa para el demandado como el ámbito de análisis para el juez y el alcance de su decisión” (sentencia 2009-00056 de noviembre 7 de 2012). Lo cierto es que la “presunción de validez” no debe traducirse en efectos procesales relacionados con la inversión de la carga de la prueba, y el reconocimiento de un margen de deferencia más allá del ejercicio de potestades discrecionales. Vid. Durán Martínez, Augusto “La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso”, en *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Univer-*

C. A modo de recapitulación: la fragilidad del Derecho Administrativo en América Latina

De esa manera, y en resumen, más allá de sus diferencias, es posible apreciar que el Derecho Administrativo en Estados Unidos y en América Latina reconoce ámbitos de actuación propios de las Administraciones Públicas, que suponen una reducción del alcance material de la Ley y por ende, del control jurisdiccional. La principal diferencia es cómo es ámbito es abordado, pues en América Latina se parte de sistemas articulados de Derecho Administrativo, mientras que en Estados Unidos el grado de sistematización es más bien reducido, todo lo cual dificulta la aplicación práctica de controles sobre ese ámbito de actuación discrecional.

En América Latina, los principios generales son especialmente relevantes frente a ese ámbito de actuación propio, pues ellos permiten asegurar que, pese a las restricciones en cuanto al dominio de la Ley, las Administraciones Públicas obren siempre con sometimiento pleno al Derecho. Más allá de su reconocimiento en las Leyes de procedimiento administrativos, estos principios generales, en América Latina, forman parte de “Derecho” y, por ende, tienden a incrementar la calidad del control de las Administraciones Públicas, sin negar su ámbito propio de actuación frente a la “Ley”. Esta visión ha sido complementada desde los estándares de la buena administración, en tanto ellos introducen el elemento cualitativo en el control de las Administraciones Públicas.

Tal es, precisamente, el mismo rol que cumplen los principios de la moralidad del Derecho Administrativo propuestos por Sunstein y Vermeule, que los autores extraen de la jurisprudencia. Estos principios reconocen que las Administraciones Públicas -el moderno Estado administrativo- debe contar con ámbitos propios de actuación y de deferencia, pero estableciendo un marco general que propenda a prevenir la arbitrariedad. Esto permite concretar mejor la deferencia derivada del caso *Chevron*, lo que es una mejor opción que la contrapropuesta de abolir ese margen de deferencia y, en general, el moderno Estado administrativo. De allí su visión según la cual los principios de la moralidad interna actúan como garantías suplementarias, que sin negar la autoridad expansiva de las agencias,

sidad Católica de Uruguay N° 2, 2007, pp. 119 y ss.

sí circunscriben esa autoridad a los límites racionales de los principios de la moralidad.⁸⁹

Sin aludir a la moralidad del Derecho Administrativo, Jerry Mashaw había formulado una propuesta similar, al proponer el estudio comparado de alguno de los principios de la Ley de Procedimiento Administrativo con los estándares de la buena administración. En el caso *State Farm*, antes comentado, la Corte cuestionó la ausencia de motivación de la Administración como elemento de control de los hechos, lo que para Mashaw, no solo favorece el control judicial de la Administración sino que además, salvaguarda el derecho a la participación ciudadana -de manera consistente con los estándares de la buena administración.⁹⁰

A su vez, es importante tener en cuenta la conexión entre esos estándares de la buena administración y la moralidad interna del Derecho de Fuller. Como observó José Luis Meilán Gil, la idea de “buena administración” es coincidente con las reflexiones filosóficas en torno al buen gobierno, por ejemplo, en Aristóteles y Tomás de Aquino, es decir, con lo que Fuller llamó la moral aspiracional.⁹¹

Ahora bien, hay un aspecto que debe resaltarse, relacionado con la “fragilidad” del Estado administrativo, vista la transcendencia de ello en América Latina. Los principios de la moralidad, y los principios generales, son reglas o instituciones que definen las conductas que la Administración Pública no debe asumir y aquéllas que debe cumplir. Pero el reconocimiento de esos principios nada dice sobre su implementación efectiva. En tal sentido, un rasgo distintivo de América Latina es la debilidad de las instituciones, precisamente, por fallas en la capacidad de las Administraciones Públicas, o lo que es igual, debido a la “fragilidad” del Estado

89. Los autores repasan las críticas al moderno Estado administrativo, haciendo un símil con el célebre juez inglés Edward Coke, que especialmente en el siglo XVII, estableció principios orientados a la prevención de la arbitrariedad, en especial, en el caso *Bonham vs College of Physicians*, de 1610, considerando el antecedente del control difuso de la constitucionalidad. Por ello, Sunstein y Vermeule aluden al “nuevo Coke”, para resumir las críticas que en nombre de la interdicción de la arbitrariedad, propenden el desmontaje del moderno Estado administrativo. Cfr.: *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., pp. 19. Frente a ello, los principios de la moralidad del Derecho Administrativo cumplen un rol complementario, que sin desmontar a ese moderno Estado, sí otorgan mayores garantías para prevenir la arbitrariedad (pp. 116 y ss.).

90. Mashaw, Jerry, “La Administración motivada: la Unión Europea, los Estados Unidos y el proyecto de gobernanza democrática”, en *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, cit., pp. 45 y ss.

91. Meilán Gil, José Luis, “El paradigma de la buena administración”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* N° 17, 2013, pp. 233 y ss.

administrativo (Brinks, et al.). Estas fallas se traducen en la existencia de *brechas en la capacidad estatal*, pues frete al ámbito de *iure* definido en las instituciones formales, prevalece el *ámbito de facto*.⁹²

Esta brecha atenta contra dos de los principios de Fuller, esto es, (i) que las normas sean posibles de cumplir, y (ii) la congruencia entre el ordenamiento jurídico y los procedimientos llamados a asegurar su correcta implementación. De esa manera, la fragilidad del Estado administrativo en América Latina impide el cumplimiento efectivo de los cometidos estatales asociados a la transformación del orden socioeconómico, lo que supone la existencia de normas que requieren una capacidad de implementación superior a la existente, todo lo cual se traduce en procesos inefectivos de implementación. Frente al *ámbito de iure*, marcado por los estándares de la buena administración, puede predominar el *ámbito de facto*, marcado por la mala administración. Por ello, la desigualdad en América Latina puede ser consecuencia de fallas en la implementación de las instituciones del Derecho Administrativo Común orientadas a asegurar el acceso equitativo a los DESCA, todo lo cual se aparta de la moralidad interna.⁹³

2. La aplicación práctica de los principios de la moralidad del Derecho Administrativo en Estados Unidos y América Latina

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

92. Brinks, Daniel et al., *Understanding Institutional Weakness*, Cambridge Elements. Political and Society in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 11 y ss. El concepto de instituciones equivale aquí a reglas formales. Así, las Leyes de procedimiento administrativo en América Latina son reglas -o instituciones- cuya efectividad depende, en buena medida, de la capacidad de las Administraciones Públicas. Debido a fallas en esa capacidad, esas instituciones son frágiles, lo que quiere decir que existen fallas en su implementación, todo lo cual marca diferencias o brechas entre el *ámbito de iure* y el *ámbito de facto*.

93. Hernández G., José Ignacio, "Capacidad estatal, emergencias complejas y derechos sociales", en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, Editora JusPodium, Salvador, 2019, pp. 681 y ss.

A. Semejanzas y diferencias entre los principios generales del Derecho Administrativo en América Latina y los principios de la moralidad interna del Derecho Administrativo

Como concluimos, la construcción teórica acerca de los principios de la moralidad interna del Derecho Administrativo, de acuerdo con Sunstein y Vermeule, encuentra como principal fundamento el reconocimiento de ámbitos de actuación propios de las Administraciones Públicas, que no están predeterminados en la Ley y se someten a reglas de deferencia por parte del control jurisdiccional. Al reconocer la indeterminación del sistema de Derecho Administrativo en Estados Unidos, Sunstein y Vermeule proponen la aplicación de los principios de la moralidad interna como marco jurídico que otorga salvaguardas adicionales al Estado de Derecho:⁹⁴

“(...) el Derecho Administrativo, paulatinamente, ha convergido en los principios de Fuller como un conjunto de salvaguardas a los valores del Estado de Derecho. Antes que proteger esos valores eliminando los poderes de la Administración Pública, el Derecho debe informar, limitar y mejorar el ejercicio de esos poderes”

En otros términos: debido a la indeterminación del sistema de Derecho Administrativo en Estados Unidos, y frente a las críticas en torno al moderno Estado administrativo, la propuesta consiste en fortalecer ese sistema a través de los principios de la moralidad de Fuller, a los fines de asegurar la protección del principio de legalidad, en especial, frente a la discrecionalidad administrativa. Estos principios empoderan, pero al mismo encauzan a la actividad de las agencias:⁹⁵

“(...) no mediante la abolición de las agencias sino insistiendo en un conjunto de principios que podría decirse que resumen los viejos ideales del Estado de Derecho como un orden racional que ayuda a promover el bien común (...) el resultado es doble cara, como Jano: los principios de la moralidad del Derecho Administrativo empoderan y restringen, al mismo tiempo, al Estado administrativo”

94. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., p. 118.

95. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., p. 144.

En la formulación de estos principios, como vimos, los autores encuentran dificultad al precisar su fuente, no solo en Ley de Procedimiento Administrativo, sino además, en la cláusula constitucional del debido proceso.⁹⁶ De allí el énfasis en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, partiendo del caso *Chevron*, ha venido estableciendo principios generales que en su conjunto, pueden organizarse a través de la idea de la moralidad interna del Derecho Administrativo.

Esta finalidad se corresponde con el rol de los principios generales del Derecho Administrativo en América Latina, que a través de las Leyes de procedimiento administrativo y los estándares de la buena administración, cumplen también una doble función, como Jano. Por un lado, estos principios emplazan a la Administración Pública a actuar para procurar el servicio efectivo a los ciudadanos, en especial, desde la perspectiva de los derechos prestacionales y el Derecho Administrativo transformador. Por el otro lado, estos principios limitan la actividad de la Administración Pública, previniendo su arbitrariedad, incluso, en áreas respecto de la cuales la Ley asigna un margen de apreciación, en especial, en el ejercicio de potestades discrecionales. De allí la relevancia de recordar que la discrecionalidad no entraña -ni podría hacerlo- arbitrariedad, en el sentido que incluso en los ámbitos en los cuales se asigna a la Administración un margen de apreciación discrecional, ésta debe sujetarse a ciertos principios generales.⁹⁷

Lo anterior permite comprender la utilidad del precepto de acuerdo con el cual, la Administración Pública no solo actúa con sometimiento pleno a la Ley, sino también al Derecho, como se admite en diversos países de América Latina, por influencia principalmente española. Así, el artículo 138 de la Constitución de República Dominicana dispone:

“Artículo 138.- Principios de la Administración Pública. La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”

96. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., pp. 95 y 97.

97. Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, cit., pp. 77 y ss.

La diferencia entre Ley y Derecho apunta a la idea francesa del “bloque de legalidad”, o si se quiere, de la interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico –y no solo de la Ley en sentido estricto. Los principios generales del Derecho Administrativo, más allá de su expreso reconocimiento en la Ley, se integran también al Derecho en sentido general.⁹⁸ Desde esta visión, los principios generales cumplen con los postulados de la moralidad interna del Derecho Administrativo señalados por Sunstein y Vermeule, a saber, darle forma y legitimar al Estado administrativo, coadyuvando a la efectividad de la actividad administrativa, y al mismo tiempo, previniendo su arbitrariedad.⁹⁹ Como desde Perú resume Jorge Danós:¹⁰⁰

“los principios generales del Derecho, con particular énfasis en el campo del Derecho Administrativo, colaboran a garantizar la seguridad jurídica porque al constituir a decir de Franck Moderne “los elementos estructuradores o condensadores de las ideas básicas del ordenamiento”, facilitan que el operador del derecho pueda desenvolverse (orientarse) a pesar de la gran cantidad de normas legales que puedan conformar el marco legal de las diferentes áreas que forman parte del Derecho Administrativo”.

Ahora bien, la distinción en cuanto a la fuente normativa de los principios de la moralidad interna y de los principios generales de Derecho Administrativo, marca una diferencia en cuanto a su aplicación práctica. Como vimos, el propio Fuller reconoció que no todas las ramas del Derecho podían cumplir enteramente con los principios de la moralidad interna, señalando el ejemplo de la adjudicación de recursos escasos

98. Esta diferencia deriva, especialmente, del artículo 103 de la Constitución de España. La expresión Derecho, resume Santiago Muñoz Machado, “como resulta evidentemente de la propia formulación del precepto, es una referencia a un complejo normativo que trasciende y se diferencia del que resultaría de la mera suma de leyes u otras normas escritas” (Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV. El ordenamiento jurídico, Ministerio de la Presidencia-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 13). Para el ejemplo citado de República Dominicana, vid. Rodríguez Huertas, Olivo, “Derecho Administrativo Dominicano y principios generales”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 8, N° 16, 2009, pp. 105 y ss.

99. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., p. 144.

100. *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, Konrad-Adenauer-Oficina de México, México D.F., 2009, p. 101 y ss. Del autor, igualmente, vid. “Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo peruano”, en *Los principios del derecho administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Colección de estudios No 3, Junta de Castilla y León, 2008, pp. 533 y ss.

por las Administraciones Públicas.¹⁰¹ Por ello, Sunstein y Vermeule proponen que los principios de Fuller tienen un dominio limitado, en tanto hay parcelas de la actividad administrativa que corresponden a la gestión del interés público más que a la aplicación de la Ley, de lo cual resulta que el moderno Derecho Administrativo no es enteramente compatible con tal moralidad (no, aclaramos, por violación de estos principios, sino por la inaplicación de éstos a ciertas parcelas de la actividad administrativa).¹⁰² Por ello, además, los autores observan con cautela que estos principios sean aplicados por el Poder Judicial para controlar a la Administración Pública, pues en ausencia de una adecuada base normativa, ello pudiese degenerar en el control judicial basado en criterios morales y no legales.¹⁰³

Esta diferencia es ajena al Derecho Administrativo en América Latina. La tradición basada en la interpretación de la “Ley y el Derecho”, y el acervo derivado de las Leyes de procedimientos administrativo, otorgan carácter *universal* a los principios generales del Derecho Administrativo, en el sentido que ninguna parcela de la actividad administrativa queda al margen de estos principios. Incluso en lo que Sunstein y Vermeule denominan actividad de gestión - equiparable, con algunas reservas, a la llamada actividad de gobierno o, más precisamente, la actividad puramente discrecional- los principios generales aplican para prevenir la arbitrariedad.¹⁰⁴ En tal sentido, el principio de legalidad -como se recuerda desde Brasil- no solo impone el sometimiento pleno de toda la actividad administrativa al ordenamiento jurídico, sino que también emplaza al ejercicio de esa actividad para la debida protección del interés público.¹⁰⁵

101. Fuller, Lon, *The morality of Law. Revised edition*, cit., p. 173.

102. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., pp. 90-91.

103. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., pp. 95 y 104. Los principios que aplica el Poder Judicial para controlar a la Administración -escriben los autores- deben basarse en una fuente normativa más allá de criterios morales o del Derecho natural.

104. Los principios generales del Derecho, en el Derecho Administrativo, al formar parte del ordenamiento jurídico, rigen íntegramente a la actividad administrativa. Vid. Jorge Coviello, Pedro José, “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo argentino”, en *Documentación Administrativa* N° 267-268, 2004, pp. 93 y 22. Por ello, estos principios regulan, también, la asignación de recursos escasos. Por ejemplo, vid. Zegara, Diego, “La utilización de recursos escasos de telecomunicaciones: el caso del espectro radioeléctrico y la numeración”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 15, Santiago de Chile, 2005, pp. 79 y ss.

105. Perlingeiro, Ricardo, “Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica”, en *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Vol. 44, No. 3. 2011), pp. 332-333

Ahora bien, como hemos visto, en sentido tradicional, el Derecho Administrativo en América Latina ha estado influenciado por una concepción centrada más en el poder que en la protección jurídica del ciudadano, lo que ha cambiado -en especial, hacia fines del pasado siglo- con ocasión de la difusión de los estándares de la buena administración y, en general, los principios sistematizados en las Leyes de procedimiento administrativo, que tienden a reforzar la gobernanza de la Administración Pública -sin negar la pertinencia de su actividad.¹⁰⁶ Con lo cual, los estándares de la buena administración refuerzan el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho de toda la actividad administrativa, lo que debería coadyuvar por la revisión de principios que tienden a empoderar ampliamente a las Administraciones Públicas, como es el caso -citado en este trabajo- de la presunción de validez del acto administrativo.

En resumen, los principios de la moralidad del Derecho Administrativo cumplen el mismo rol que los principios generales del Derecho Administrativo en América Latina, los cuales están ampliamente recogidos en las Leyes de procedimiento administrativo. Unos y otros principios se orientan no solo a constreñir la actuación de las Administraciones Públicas, en especial, frente a los ámbitos propios de actuación caracterizados por la discrecionalidad, sino que además, también emplazan a las Administraciones Públicas a actuar. Esto último entronca con el propósito final de los estándares de la buena administración, cual es asegurar la calidad de la actividad administrativa orientada al servicio a los ciudadanos. No obstante, los principios de la moralidad no aplican a toda la actividad administrativa -como sucede en especial con la asignación de recurso escasos- mientras que en América Latina, toda la actividad administrativa está sometida, plenamente, a estos principios, sin perjuicio del reconocimiento de márgenes de apreciación discrecional.

B. Dos ámbitos concretos de comparación: reglas, discrecionalidad, consistencia y confianza

Este enfoque comparado puede especificarse en dos ámbitos concretos relacionados con los principios de Fuller: las reglas y la discrecionalidad, por un lado, y la consistencia y la confianza, por el otro.

¹⁰⁶ Hernández G., José Ignacio, "Eduardo García de Enterría y la renovación del Derecho Administrativo", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano* N° 6, Caracas, 2015, pp. 13 y ss.

a. Reglas y discrecionalidad

El primer principio de la moralidad interna, como vimos, es la capacidad del ordenamiento jurídico de producir normas, o sea, reglas generales y abstractas, en oposición a decisiones casuísticas. La *normatividad* del Derecho Administrativo, por ello, alude a la existencia de reglas generales y abstractas que ordenen la actividad administrativa. Este principio se encuentra en tensión con la discrecionalidad, entendida como el ámbito de la actividad administrativa que no está “normativizado”, precisamente, por cuanto la Administración Pública puede determinar, en cada caso concreto, la aplicación efectiva del interés general. En contraposición, las potestades regladas -como indica su nombre- sí están predeterminadas por las normas jurídicas. No es de extrañar entonces que, desde la propuesta de la moralidad interna, Sunstein y Vermeule presten especial atención a este aspecto.¹⁰⁷

Esta problemática es de especial interés en cuanto a la distinción entre los reglamentos y los actos administrativos individuales (esto es, los actos administrativos cuyos destinatarios son determinados o determinables). El primer principio de Fuller se adecuaba más a la existencia de reglas administrativas que a decisiones casuísticas adoptadas caso por caso, pese a lo cual, la Ley de Procedimiento Administrativo de Estados Unidos no establece parámetros claros que den preferencia al reglamento frente al acto administrativo individual.¹⁰⁸

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

¹⁰⁷. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., pp. 43 y ss.

¹⁰⁸. La Ley de Procedimiento Administrativo, más bien, parece tolerar que la Administración Pública evada los reglamentos administrativos para actuar caso por caso. Esto puede degenerar en el ejercicio arbitrario de la actividad administrativa, en la medida en que la Administración Pública no queda limitada por normas generales -siquiera, dictadas por ella misma. Frente a ello, Sunstein y Vermeule analizan la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual existen situaciones en las cuales el ejercicio de la potestad administrativa solo a través de actos administrativos individuales puede resultar en un abuso de autoridad. Vid.: *NLRB v. Bell Aerospace Co.*, 416 U.S. 267 (1974), sentencia de 23 de abril de 1974, p. 416. Cfr.: *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., p. 55.

.- En *primer* lugar, y como ya explicamos, la teoría general de la discrecionalidad administrativa parte de considerar que siempre hay elementos reglados en toda potestad discrecional, lo que implica que no existe ninguna parcela de la actividad administrativa que quede al margen de la “normatividad”, esto es, que no cuente con elementos reglados. De esa manera, toda potestad discrecional entraña el ejercicio reglado de potestades en lo que respecta a la competencia administrativa, el procedimiento previo, los supuestos de hecho y los fines de la actividad administrativa. Aquí se aprecia la impronta de la doctrina francesa -Rivero- quien observó que no existen, en realidad, actos puramente reglados y actos puramente discrecionales.¹⁰⁹ Por ello, la discrecionalidad administrativa no permite la “huida” a la normatividad del Derecho Administrativo. Con lo cual, junto a estos elementos reglados, también la potestad discrecional queda sujeta a principios generales llamados a asegurar el buen ejercicio de esa potestad, conforme a principios como la motivación y la proporcionalidad, inspirados en los estándares de la buena administración. Estos estándares, precisamente, aseguran la normatividad de la potestad discrecional, negando ámbitos de la actividad administrativa inmunes a esa normatividad, aun cuando se trate de ámbitos no predeterminados por la Ley.¹¹⁰

Puede citarse, en muchos otros, el ejemplo del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela:¹¹¹

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

109. Ya no existen –escribía Jean Rivero- más *actos enteramente discrecionales* (*Derecho administrativo*, traducción al castellano de la novena edición, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p.88).

110. Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, “Introducción general sobre la buena administración en Iberoamérica”, en *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, cit., p. 35

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

El Capítulo Segundo de la Carta Iberoamericana resume este postulado, al enunciar que el “principio de racionalidad se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades discrecionales”. Estos principios no permiten a la jurisdicción contencioso-administrativo sustituirse en las valoraciones discrecionales de la Administración, todo lo cual implica reconocer un margen de deferencia que, como tal, es inmune al control jurisdiccional. Pero como observa Graciela Ruocco en Uruguay, el control de la legalidad sobre la potestad discrecional también se extiende a “las reglas de la buena administración”.¹¹²

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

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

Esto quiere decir que el sometimiento de la Administración Pública a la Ley y al Derecho rige incluso respecto de las decisiones (normativas y no-normativas) de la propia Administración, que otorgan de esa manera derecho a los ciudadanos a confiar en la estabilidad y validez de tales precedentes administrativos. En Perú, por ejemplo, el Artículo VI de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone lo siguiente:

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

Esto es de especial utilidad frente a la potestad discrecional, que queda, por

¹¹². “Enjuiciamiento de la Discrecionalidad Administrativa”, en *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Año 3, Número 11, Belo Horizonte, 2003, p. 124

ende, también limitada por el precedente. (Cairampoma, desde el Derecho Administrativo peruano).¹¹³ Con lo cual -Cassagne, comentando el Derecho Argentino- el precedente administrativo es una técnica normativa para prevenir la arbitrariedad de la Administración Pública.¹¹⁴ .

-Finalmente, y en tercer lugar, el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos previene que los actos administrativos individuales se separen de los reglamentos, todo lo cual protege la normatividad del Derecho Administrativo. Este principio -originado en Francia y desarrollo en España-¹¹⁵ impide a la Administración Pública, mediante decisiones individuales, modificar lo dispuesto en el ordenamiento jurídico-administrativo. En Costa Rica, la Ley General de la Administración Pública dispone lo siguiente:

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

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

Como desde Argentina resume Agustín Gordillo, “*la expresión del principio de la legalidad aplicado a la materia reglamentaria es así que toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida*”.¹¹⁶ Esto es, que toda decisión de la Administración Pública debe responder al primer postulado de Fuller, en cuanto a la normatividad del ordenamiento jurídico-administrativo.

Ahora bien, desde el punto de vista comparado, cabe observar que la ausencia de previsión legislativa específica en Estados Unidos de estos principios ha

¹¹³. Cairampoma, Alberto, “La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 73, Lima, 2014 p. 490

¹¹⁴. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2006, pp. 208 y ss.

¹¹⁵. Véase, por todos, a García de Enterría, Eduardo, “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos”, en *Revista de Administración Pública* N° 27, Madrid, 1958, pp. 63 y ss.

¹¹⁶. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I. Parte General, cit., p. VII-25.

justificado acudir a los principios de la moralidad interna de Fuller, para advertir que el reconocimiento de potestades discrecionales que se aparten totalmente de la normatividad, a través de decisiones casuísticas, vulneraría la condición mínima de todo ordenamiento jurídico. En América Latina no es preciso acudir a esa formulación, debido a la difusión de los principios generales señalados en las Leyes de procedimientos administrativos, inspirados en los estándares de la buena administración. Pero ello no impide considerar que estos principios, en el Derecho Administrativo de América Latina, se orientan a asegurar la normatividad del Derecho Administrativo, en especial, desde la perspectiva de los estándares de la buena administración, en sentido similar a los principios de Fuller.

b. Consistencia y confianza

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

El Derecho Administrativo de Estados Unidos garantiza los principios de consistencia y confianza, a partir de un principio básico: la Administración Pública debe seguir sus propias reglas, o sea, que la Administración queda vinculada por las normas dictadas por ella. El principio fue establecido en 1932 por la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Arizona Grocery*. La Comisión Interestatal de Comercio había regulado el precio del transporte de azúcar, pero luego, en caso individual, aplicó un precio distinto. La Corte consideró que ello afectaba la consistencia de las reglas fijadas por la Administración.¹¹⁷

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

“En lo que respecta a su conducta futura, el transportista tiene derecho a confiar en la declaración sobre lo que será una tarifa legal, es decir, razonable, y, si la orden simplemente establece límites, tiene derecho a protección si fija una tasa que cae dentro de ellos. Cuando, como en el presente caso, la Comisión haya dictado una resolución de doble vertiente, no podrá, en un procedimiento posterior, actuando en su calidad cuasi-judicial, desconocer su propio pronunciamiento promulgado en su capacidad cuasi-legislativa y derogar retroactivamente su propia actuación en cuanto a la razonabilidad de la tarifa que ha prescrito”.

Este razonamiento puede enmarcarse en los principios de la moralidad interna, en tanto la Administración Pública violaría tales principios, incluso en su vertiente mínima, si pudiese libremente separarse de sus propias reglas en decisiones individuales. Esto destruiría la normatividad del Derecho Administrativo, como la Corte Suprema de Justicia afirmó en el caso *Accardi*, de 1954, al concluir que la discrecionalidad implica que la Administración Pública debe ejercer su autoridad “de acuerdo con su propio entendimiento y conciencia”, sin que ello le permita desvincularse de sus propias regulaciones.¹¹⁸ Sin embargo, no existe claridad en la fuente normativa de este principio. Incidentalmente, la Corte ha concluido que este principio deriva de los estándares de la Ley de Procedimiento Administrativo, aun cuando también se ha señalado que tal principio debe es consecuencia de la cláusula constitucional del debido proceso.¹¹⁹

De igual manera, en el caso *Skidmore*, la Corte concluyó que las decisiones dictadas por las Administraciones Públicas pueden tener una “autoridad persuasiva”, en la medida en que se trate de decisiones consistentes.¹²⁰

En América Latina, este no es, como vimos, un principio desconocido: la Administración Pública debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, lo que implica que ella queda vinculada a sus propias decisiones, que no

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

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

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

pueden ser desconocidas. Por ello, el reglamento es una técnica adecuada para ejercer y concretar la potestad discrecional, contribuyendo a la consistencia del ordenamiento jurídico y a la protección de la confianza legítima. Como resume Carlos Delpiazzo, en Uruguay, el Reglamento es considerado la fuente normativa más importante del Derecho Administrativo, al cumplir la doble condición de fuente dictada por la Administración para la Administración, cuya actividad queda así vinculada en el plano general -brindando certidumbre en cuando a las decisiones individuales que pueden ser dictadas.¹²¹

En el Derecho Administrativo Económico, igualmente, se ha observado cómo el Reglamento puede permitir la concreción, en un plano general, de la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, abonando con ello a la confianza legítima y seguridad jurídica, en la medida en que el proceso de toma de decisiones se desplaza del análisis casuístico a la perspectiva general. Esto, claro está, no implica negar el margen de apreciación en el caso concreto, pero siempre dentro de los límites definidos en el Reglamento.¹²²

Desde la moralidad interna del Derecho Administrativo, la potestad reglamentaria adquiere otra visión. Así, esta potestad es una herramienta para acotar la discrecionalidad administrativa a través de normas generales y abstractas que brindan consistencia y confianza al ordenamiento jurídico-administrativo. Frente a la concreción de la discrecionalidad en decisiones individuales, es preferible su concreción a través de la potestad reglamentaria, de lo cual resulta que el ejercicio extensivo de ésta, lejos de colidir con los principios de la moralidad, contribuyen a su protección.¹²³

c. La revisión jurisdiccional de los principios de la moralidad interna del Derecho Administrativo

La propuesta de la moralidad interna del Derecho Administrativo también se extiende a la relación entre la Administración y el Derecho desde la perspectiva del control jurisdiccional y el margen de deferencia reconocido a la Administración

121. Delpiazzo, Carlos, *Derecho Administrativo. Volumen I*, cit., p. 183.

122. Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 110 y ss.

123. Brewer-Carias, Allan, *Principios del procedimiento administrativo. Estudio de Derecho Comparado*, cit., pp. 132 y ss.

Pública. Como Sunstein y Vermeule advierten, en Estados Unidos, las dudas en cuanto a la base legal de estos principios plantean un riesgo frente a este control, que no puede basarse en apreciaciones morales. Por ello, Sunstein y Vermeule han prestado relevancia a los precedentes jurisprudenciales que partiendo de la interpretación de la Ley de Procedimiento Administrativo -o en su caso, de la Constitución- formulan principios cuya sistematización es posible a través de la teoría de la moralidad interna, como explicamos en las secciones anteriores.¹²⁴

En Estados Unidos, esto plantea retos importantes en función a los criterios establecidos por la jurisprudencia sobre la deferencia a la Administración Pública. En relación con los criterios de deferencia sobre cuestiones de Derecho establecidos en el caso *Chevron*, Sunstein y Vermeule recuerdan que la inconsistencia no es un factor relevante para aplicar estos criterios, pues el sentido último de este precedente es reconocer un margen de deferencia (o como lo llaman los autores, el espacio para la definición de políticas públicas) en la discrecionalidad de la Administración Pública, y no la garantía de la consistencia de las decisiones administrativas. En la práctica, esto podría implicar que el margen de deferencia rige, incluso, frente a decisiones incongruentes.¹²⁵

En América Latina, por el contrario, los principios generales del Derecho Administrativo forman parte del ámbito de control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativo, incluso respecto al ejercicio de potestades discrecionales. La inconsistencia de la Administración Pública, y en general, la violación del derecho a la confianza legítima -y con ello, a los estándares de la buena administración- constituyen parámetros de revisión jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa y también, de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, como técnica para prevenir la arbitrariedad.¹²⁶ Empero,

¹²⁴ Law & Leviathan. *Redeeming the administrative state*, cit., pp. 100 y ss.

¹²⁵ De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, “la inconsistencia de la agencia no es una base para cuestionar la interpretación de la agencia bajo el marco de *Chevron*. La inconsistencia inexplicable es, a lo sumo, una razón para considerar que una interpretación es un cambio arbitrario y caprichoso de la práctica de la agencia bajo la Ley de Procedimiento Administrativo”. Véase: *National Cable & Telecommunications Assn. v. Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967 (2005), de 27 de junio. En la práctica, sin embargo, la jurisprudencia de las cortes federales parece demostrar que la deferencia basada en *Chevron* tiende a ser más sólida en interpretaciones consistentes de las agencias. Cfr.: Law & Leviathan. *Redeeming the administrative state*, cit., p. 81 y 112.

¹²⁶ Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, cit., pp. 77. Como se ha concluido en Panamá, “el principio fundamental que prevalece hoy día, es el de que ningún acto jurídico debe estar exento del control jurisdiccional”. Cfr.: Benavides Pinilla, Víctor Leonel, “Consideraciones en tor-

como vimos, la indebida formulación del principio de presunción de validez del acto administrativo –junto a las instituciones ancladas en una visión estatista centrada en el poder– reduce el alcance práctico de esos principios, en la medida que se invierte la carga de la prueba, creándose así una suerte de deferencia a favor de la Administración Pública al margen del ejercicio de potestades discrecionales.¹²⁷

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

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

Como recuerda Campaña Mora, esta materia fue incluso objeto de un reglamento dictado, especialmente, para definir los límites de la discrecionalidad administrativa, en el cual se afirman los principios generales a los cuales ésta queda sometida, tanto para limitar su ejercicio como para habilitar el propio ejercicio de potestades discrecionales.¹²⁸

no a la Discrecionalidad de la Administración Pública en Panamá”, en *Derecho Administrativo Iberoamericano (discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)*, Tomo II, Congrex, Florida, 2009, p. 17.

127. Además de las citas antes efectuadas, vid. Durán Martínez, Augusto, “Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, 2009, pp. 845 y ss. Este principio de presunción de validez resulta en especial cuestionable respecto de las instituciones centradas en una visión estatista, como por ejemplo, la llamada “potestad de autotutela” administrativa. Esta es parte de la crítica presente en Bonina, Nicolás y Diana, Nicolás, *La deconstrucción del Derecho administrativo*, cit.

128. Campaña Mora, Joffre, “Una visión sobre el Derecho Administrativo en el Ecuador”, en *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, cit., pp. 377 y ss. El autor comenta el Decreto Ejecutivo N° 3179, de 18 de octubre del 2002, contentivo del “Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la

Esta visión coincide con la moralidad interna de Fuller, en el sentido que la discrecionalidad administrativa se define desde el ordenamiento jurídico, y por tanto, desde el primer principio de la legalidad, cual es la capacidad de producir normas generales y abstractas. Esto se traduce en la afirmación de un conjunto de principios que, sobre la interdicción general de la arbitrariedad, permiten a la jurisdicción contencioso-administrativo controlar el ejercicio de potestades discrecionales, pero sin negar el margen de deferencia de la Administración Pública. Esto es, que como concluye en Colombia Jaime Orlando Santofimio, el Derecho Administrativo, en especial, por medio de sus principios generales, cumple un doble rol, a saber, el de habilitar el ejercicio de las potestades discrecionales -al considerarse inherente al rol vicarial que la Administración debe cumplir- y de limitar el ejercicio de esas potestades,¹²⁹ tal y como Sunstein y Vermeule postulan respecto de los principios de la moralidad interna, que son principios de doble faz, como Jano.¹³⁰

Inevitablemente, esto genera puntos de tensión en torno al alcance del control de jurisdicción contencioso-administrativo y su sustitución en la valoración discrecional de la Administración Pública. Salvando la casuística de cada ordenamiento jurídico, desde una panorámica comparada, el Derecho Administrativo en América Latina admite limitaciones al alcance del control jurisdiccional que puede ejercerse sobre el ámbito esencial de la discrecionalidad administrativa, cual es la valoración de interés general en el caso concreto (Cassagne), pero sin negar el control no solo de los elementos reglados, sino también, de los principios generales, orientados a asegurar el buen ejercicio de esa discrecionalidad.¹³¹

Administración Pública". Como se resume en su exposición de motivos, "la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público".

129. "Panorama general del Derecho Administrativo en Colombia", en *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, cit., pp. 234 y ss.

130. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., p. 118.

131. El autor aborda este punto desde la perspectiva comparada del Derecho español, a partir del debate entre Tomás-Ramón Fernández y Luciano Parejo Alfonso. Cfr.: "El control de la actividad administrativa en Argentina", en *Colección de Derecho Administrativo Comparado. Volumen I. El control de la actividad administrativa*, Editorial Temis, Bogotá, 2018, pp. 11 y ss.

De esa manera, la moralidad interna del Derecho Administrativo ofrece, en América Latina, la posibilidad de una valoración integral del control de la jurisdicción contenciosoadministrativa desde la deferencia a la Administración Pública. Como señalan Sunstein y Vermeule, el verdadero debate no es entre admitir o negar la deferencia, sino en cuanto a la claridad de los términos y condiciones en los cuales la deferencia se admite.¹³² Aquí, el Derecho Administrativo Común en América Latina presenta un punto importante de desarrollo, por el amplio tratamiento dado a los principios generales desde las Leyes de procedimiento administrativo, en especial, como técnicas de control orientadas a prevenir la arbitrariedad y asegurar la efectiva implementación de los estándares de la buena administración, que no niegan la necesaria deferencia a las Administraciones Públicas.

III. AMODO DE CONCLUSIÓN: LA MORALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL EQUILIBRIO ENTRE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LA LIBERTAD GENERAL DEL CIUDADANO

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

Frente a esa realidad, los principios de la moralidad, de acuerdo con la formulación de Sunstein y Vermeule, se orientan a lograr un adecuado equilibrio entre la actividad administrativa y los valores del Estado de Derecho. En el siglo XXI, no es posible pretender desmontar al Estado administrativo, pues “*cuando la manzana del realismo ha sido probada, todo cambia, y el camino de vuelta al jardín del clasicismo queda cerrado por siempre*”.¹³³ Esto es, que la defensa del bien común -y en especial, de la democracia y la libertad- requieren del Estado administrativo.¹³⁴

¹³². Law & Leviathan. Redeeming the administrative state, cit., p. 113.

¹³³. Law & Leviathan. Redeeming the administrative state, cit., p. 114.

¹³⁴. cit., p. 143.

Por ello, frente a la propuesta de desmontar al Estado administrativo y reducir la Administración Pública a las formas del “gobierno mínimo”, los autores proponen fortalecer el rol del Derecho Administrativo a través de los principios de la moralidad interna.

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

Este es el mismo rol que en el Derecho Administrativo de América Latina cumplen los principios generales. El Derecho Constitucional Común en América Latina, como vimos, pivota en torno a la función de transformación que deben cumplir las Administraciones Públicas en la promoción de los DESCAs, especialmente, en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Frente a esta realidad, es preciso ajustar el Derecho Administrativo a ese rol transformador, para lo cual los estándares de la buena administración cumplen, como los principios de la moralidad, un doble rol: restringen la actividad administrativa para prevenir la arbitrariedad, y habilitan, al mismo tiempo, el ejercicio de la actividad administrativa, para promover el servicio efectivo a los ciudadanos.¹³⁵

La conexión entre los principios generales del Derecho y los principios de la moralidad interna puede ser apreciada, en especial, desde los estándares de la buena administración. En el Derecho Administrativo de Estados Unidos, estos estándares están presentes en los principios que obligan a la Administración Pública a motivar sus decisiones, lo que incluso, corresponde a uno de los

135. Sobre esto último, vid. Hernández G., José Ignacio, “La buena administración en Venezuela”, *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, cit., pp. 177 y ss.

estándares de revisión, en el citado caso *State Farm*. En Estados Unidos, sin embargo, la regulación de la Ley de Procedimiento Administrativo deriva en un alcance más limitado, pues el derecho a la motivación es accesorio al derecho de audiencia -no aplicable, por ende, a beneficiarios potenciales o indirectos.¹³⁶ Como Sunstein y Vermeule observaron, los principios de la moralidad deben tener un fundamento normativo claro -lo que condiciona, por ello, su alcance práctico. Pero esta diferencia no impide considerar, en un plano general, cómo los estándares de la buena administración guardan similitud con el propósito final de los principios de la moralidad, cual es habilitar una actividad administrativa efectiva al tiempo que se previene la arbitrariedad de la Administración.¹³⁷

Esta doble faz de la moralidad del Derecho Administrativo, como Jano, recuerda una de las formulaciones básicas de Eduardo García de Enterría, de gran influencia en América Latina:¹³⁸ la del Derecho Administrativo como un equilibrio entre las potestades administrativas, por un lado, y la libertad general del ciudadano, por el otro.¹³⁹ Este equilibrio *presupone* del Estado administrativo, de lo cual resulta que el Derecho Administrativo, simultáneamente, garantiza la existencia del Estado administrativo y limita su actuación. Al mismo tiempo, el Estado administrativo *presupone* la existencia del margen de apreciación de la Administración -pues la complejidad de tareas a cargo del Estado administrativo impide la predeterminación normativa de la actividad administrativa por la Ley. Precisamente por ello, los estándares de la buena administración no solo previenen la arbitrariedad, sino que además, establecen las instituciones tendentes a asegurar la efectiva realización de la actividad administrativa orientada al bien común, reconociendo márgenes de deferencia a favor de la Administración Pública.

136. Mashaw, Jerry, "La Administración motivada: la Unión Europea, los Estados Unidos y el proyecto de gobernanza democrática", cit., p. 65.

137. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit., p. 144.

138. Sobre la influencia de Eduardo García de Enterría en América Latina, desde su concepción de los principios generales del Derecho, véase a Libardo Rodríguez, "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en Brewer-Carías, Allan, et al., *La protección de los derechos frente al poder de la Administración*, Temis. Bogotá, 2014, pp. 37 y ss.

139. Véase también, sobre ello, lo expuesto en Brewer-Carías, Allan, "La protección de los derechos frente al poder de la Administración", en *Revista de Administración Pública* N° 196, 2015, pp. 367 y ss.

Este equilibrio es, por esencia, dinámico, como resulta de los condicionantes políticos de la actividad administrativa.¹⁴⁰ De allí la utilidad práctica de los principios generales del Derecho y de los estándares de la buena administración, en tanto ellos permiten asegurar la flexibilidad de la Administración Pública, al mismo tiempo que preservan la legalidad y, con ello, el control jurisdiccional sobre la Administración Pública. Por ello, como Sunstein y Vermeule observan, los principios de la moralidad limitan y legitiman, al mismo tiempo, al Estado administrativo.¹⁴¹

La similitud entre los principios de la moralidad administrativa y los principios generales del Derecho Administrativo Común en América Latina no implica que las mismas razones que llevaron a Sunstein y a Vermeule a proponer la “redención” del Estado administrativo, apliquen para América Latina. En realidad, ese Derecho Administrativo Común responde a sólidos sistemas en los cuales el rol de las Administraciones Públicas no está en duda. Ello es así, incluso, desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el rol transformador que han de cumplir las Administraciones Públicas. Tampoco es preciso acudir a la teoría de Fuller para justificar la existencia de los principios generales, pues éstos tienen amplia cobertura en las Leyes administrativas -sin perjuicio de su reconocimiento como componentes inherentes al ordenamiento jurídico administrativo.¹⁴²

Con todo, la luz que arroja en Estados Unidos la propuesta de Sunstein y Vermeule, permite recordar la relevancia de los principios generales del Derecho Administrativo Común en América Latina, reforzando la crítica a ciertas instituciones como la presunción de validez del acto administrativo, que se apartan de la moralidad mínima. Asimismo, esta propuesta apunta a una de las debilidades más acusadas en América Latina, cual es la fragilidad del Derecho Administrativo, ante las fallas en su implementación. La arraigada desigualdad en América Latina recuerda, así, que la fragilidad de las Administraciones Públicas -y

140. Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, cit.

141. *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit.

142. El profuso reconocimiento de estos principios permite concluir que, a diferencia de la situación en Estados Unidos, no es preciso “redimir” al Derecho Administrativo en América Latina. Empero, la propuesta de la moralidad administrativa aporta argumentos nuevos sobre la necesidad de contar con Administraciones Públicas orientadas a cumplir, efectivamente, con el rol transformador del Derecho Administrativo.

por ende, el incumplimiento de los principios de la moralidad- afectan la tutela del bien común y por ende, las capacidades del individuo para ejercer efectivamente su libertad. Con lo cual, el principal riesgo en América Latina no deviene solo de “leviatanes despóticos”, sino de “leviatanes de papel”, o sea, Estados frágiles que no pueden implementar el ambicioso marco jurídico -nacional e internacional- orientado al desarrollo inclusivo.¹⁴³

En resumen, el análisis comparado de los principios de la moralidad del Derecho Administrativo en Estados Unidos y de los principios generales en el Derecho Administrativo Común en América Latina, propenden al equilibrio entre la necesidad de las Administraciones Públicas y la defensa de los valores del Estado de Derecho, como garantía de la libertad general del ciudadano. Parafraseando al caso *Wong Yang Sung*, puede señalarse que los principios de la moralidad interna, como los principios generales anclados en los estándares de la buena administración, propenden al equilibrio de fuerzas políticas y sociales opuestas: por un lado, las que legitiman la existencia del moderno Estado administrativo; por el otro, las que promueven el respeto de la libertad general del ciudadano en el marco del Estado de Derecho. Cualquier desequilibrio resulta lesivo. Si el Derecho Administrativo se inclina hacia el poder, las Administraciones Públicas podrán degenerar en arbitrariedad; si el Derecho Administrativo reduce en exceso la capacidad de las Administraciones Públicas, éstas no podrán cumplir con las complejas tareas propias del siglo XXI, al tornarse en un Estado administrativo frágil, o si se quiere, fallido.¹⁴⁴ La moralidad del Derecho Administrativo permite así recordar, desde la perspectiva de América Latina, que tan nociva para la libertad es el abuso de la actividad administrativa como la inactividad de las Administraciones Públicas.

Boston, mayo-diciembre de 2020

144. Como explicamos en Hernández G, José Ignacio, “La redención del Derecho Administrativo en la postpandemia”, octubre de 2020, consultado en original.