

EL FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA GLOBALIZACIÓN: ENTRE LA AMERICANIZACIÓN Y LA EUROPEIZACIÓN¹

MANUEL BALLBÉ

Catedrático de Derecho

Universidad Autónoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA INFLUENCIA RELIGIOSA CATÓLICA Y PROTESTANTE EN LA DIFERENTE CONFIGURACIÓN DEL ESTADO Y LA SEGURIDAD EN EUROPA Y EE.UU.—3. LAS PERVERSIONES DEL MODELO INDIVIDUOCÉNTRICO DE SEGURIDAD NORTEAMERICANO.—4. LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTADO ADMINISTRATIVO Y REGULADOR EN LOS EE.UU.: 4.1. *La primera gran oleada administrativa y reguladora en EE.UU.* 4.2. *La segunda oleada de construcción del Estado administrativo norteamericano.* 4.3. *La Ley de Procedimiento Administrativo de 1946. La participación pluralista de los grupos como ejemplo de globalización-americанизación.* 4.4. *La tercera gran oleada administrativa y reguladora en los EE.UU.: el nacimiento del Derecho administrativo de la regulación de riesgos.*—5. LA ARMONIZACIÓN ENTRE WASHINGTON Y LOS ESTADOS.—6. LA ARMONIZACIÓN: CENTRALIZADA O COMPETITIVA.—7. LA SEGURIDAD Y LA POLICÍA EN LA GLOBALIZACIÓN: LA EUROPEIZACIÓN FRENTE A LA AMERICANIZACIÓN.—8. LA FATF Y EL BLANQUEO DE CAPITALES: UN EJEMPLO DE TRABAJO CONJUNTO ENTRE ADMINISTRACIONES ESTATALES EN LA GLOBALIZACIÓN.—9. OTROS EJEMPLOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: 9.1. *El Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC) de Naciones Unidas, un ejemplo de globalización del Derecho administrativo ambiental.* 9.2. *El «efecto California»: la influencia multinivel entre el Derecho administrativo estatal, federal y global.* 9.3. *El efecto Unión Europea.*—10. LAS DOS CARAS DE LA GLOBALIZACIÓN COMO AMERICANIZACIÓN: 10.1. *El «imperio de la ley» administrativa (rule of —administrative— law) y el modelo ejemplar de la Organización Mundial del Comercio como globalización-americанизación.* 10.2. *El sheriff global y el «imperio de la ley» del Oeste (rule of martial law) en el mundo:* a) Militarizar la Administración y evadir el control judicial: el abandono de ese modelo en España y su resurgimiento en los EE.UU. desde el 11S. La guerra contra el Derecho administrativo global. b) La autorización al Presidente Bush para usar la fuerza militar en la guerra contra el terrorismo, como intento de evadir el control judicial. «El Derecho administrativo se va a la guerra» a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre Guantánamo. c) Las sentencias *Rasul v. Bush* y *Hamdi v. Rumsfeld* (junio de 2004). d) Sentencia *Hamdan v. Rumsfeld*, de junio de 2006. e) La resolución militar sobre Khadr (2007).

RESUMEN

La globalización está transformándose en una globalización jurídica y responde fundamentalmente a los parámetros de la americanización administrativa y reguladora. Se expone la evolución del Estado individuocéntrico norteamericano hacia un Estado administrativo y regulador. Se analizan los modelos contrapuestos de seguridad de EE.UU. y Europa. Finalmente, se exponen las dos caras de la globalización como americanización. En primer lugar, el modelo ejemplar de la OMC, en el que EE.UU. se somete a su Derecho y a sus resoluciones. En segundo lugar, la tentación de unilateralismo y plenos poderes para el Presi-

¹ Este artículo es parte del próximo libro de BALLBÉ y MARTÍNEZ, sobre el Derecho constitucional y administrativo global.

dente, evadiendo el control judicial, que ha quedado rechazado por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Palabras clave: globalización; americanización; Derecho administrativo.

ABSTRACT

Globalisation is becoming juridical globalisation, basically reflecting the parameters of administrative and regulatory Americanisation. The article describes the evolution from the USA individual-centric State towards the administrative, regulatory State. It examines the very different models of security for the USA and Europe. Finally, it shows the two faces of globalisation as Americanisation. Firstly, the exemplary model of the WTO, to whose rules and resolutions the USA submits. Secondly, the temptation of a move towards unilateralism, giving full powers to the president, thereby avoiding judicial control, which was rejected under the jurisprudence of the Supreme Court.

Key words: globalisation; americanisation; administrative law.

1. INTRODUCCIÓN

Para comprender la globalización jurídica en la que estamos inmersos es ineludible estudiar el modelo norteamericano de Estado administrativo y regulador (tardíamente creado en el siglo XX), así como el funcionamiento y la armonización interna entre los 50 Estados y Washington, porque, hasta cierto punto, la Unión Europea y la globalización se inspirarán en él.

La globalización es en gran parte un producto de la americanización, que ha extrapolado su modelo administrativo y regulador a todo el mundo². Hay que reconocer que, asimismo, existe una globalización-europeización en el sentido de que muchas de las reformas y procesos de integración regional y global tienen muy en cuenta la experiencia de la Unión Europea, puesto que se vislumbra más la unión entre Estados independientes que la de los 50 Estados de la Federación norteamericana³.

² Vid. los trabajos del grupo de investigación «The Emergence of Global Administrative Law», encabezados por el profesor de Derecho administrativo de Harvard y ahora de la Universidad de Nueva York, R. STEWART; entre ellos: «U.S. Administrative law: a model for global administrative law», *Law and Contemporary Problems*, núm. 68, 2005. Cabe decir que se ha constituido en esta Universidad un centro de referencia para investigar y debatir sobre el Derecho administrativo global, algunos de cuyos artículos citaremos aquí. Se menciona entre los estudios clásicos sobre Derecho internacional administrativo el del profesor español GASCÓN Y MARÍN, de 1930, publicado en *Recueil des Courts. Académie de droit international*. Debemos destacar un comentario sobre este trabajo de Julio GONZÁLEZ CAMPOS, *El concepto de Derecho administrativo internacional en la obra del profesor Gascón y Marín*, Asociación Francisco de Vitoria, CSIC, 1962.

³ No vamos a extendernos sobre el modelo europeo por ser perfectamente conocido entre nosotros, ni sobre el funcionamiento y la armonización entre los 50 Estados de los EE.UU. por estar ampliamente estudiados en M. BALLBÉ y C. PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, 1997, y en M. BALLBÉ y R. MARTÍNEZ, *Soberanía Dual y Constitución Integradora. La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, Ariel, Barcelona, 2003.

Por tanto, debemos reconocer —nos guste o no— que inicialmente la globalización es, sobre todo, la americanización... para lo bueno y para lo malo. Es cierto que algunos sólo ven en ella la parte negativa, como les ocurre a los movimientos progresistas que se oponen a la liberalización del comercio desregulado y sin intervencionismo administrativo. Pero también es importante recordar que la globalización-americanización tiene aspectos muy positivos que dichos movimientos deberían reconocer, descubrir y aprovechar porque son obra de sus predecesores.

Concretamente, al analizar el sistema jurídico norteamericano comprobamos que ha sido pionero en los nuevos derechos conquistados durante las últimas décadas: derechos civiles, de la mujer, ambientales, laborales, sociales y de respeto y protección de las minorías, a la salud, a la seguridad alimentaria, a la seguridad vial, etc. Y es que la americanización y el Derecho norteamericano no han sido producto sólo de un enfoque neoliberal y neoconservador, sino que ha habido un trascendental activismo de los movimientos comunitarios, inigualable en Europa o en el resto del mundo. Todo ello ha cuajado en un periodo denominado «la revolución de los derechos»⁴, lo que ha comportado un amplio cuerpo jurídico que reconoce el derecho de acceso de los grupos y los ciudadanos a participar en el procedimiento administrativo y judicial, en lo que se ha llamado el modelo de Derecho administrativo de «aseguramiento de la representación de intereses y de los grupos»⁵.

Este nuevo Estado administrativo y regulador norteamericano, con amplias y nuevas agencias administrativas y regulaciones de todo tipo, fue el modelo en que se basó la creación de la Unión Europea (no podemos olvidar que la CECA, la Comisión Europea o el Banco Central Europeo no son más que agencias administrativas independientes de patrón norteamericano)⁶. Lo mismo ocurre con las regulaciones europeas⁷ (ya sean las de competencia o las ambientales). Citemos un ejemplo ilustrativo. El genuino Derecho *antitrust* norteamericano (en gran parte no Derecho mercantil, sino Derecho administrativo de la competencia) está en la tradición política y jurídica más arraigada del federalismo económico⁸. En la tradición constitucional ya se teorizó que no hay democracia política sin democracia económica⁹. Por ello, el princi-

⁴ C. EPP, *The rights revolution. Lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*, The University of Chicago Press, 1998.

⁵ Ver un artículo clásico del entonces profesor de Derecho administrativo de Harvard, R. STEWART, «The reformation of American Administrative Law», *Harvard Law Review*, núm. 88, 1975.

⁶ D. GERADIN et al. (ed.), *Regulation through Agencies in the EU. A new paradigm of European governance*, Edward Elgar, 2005.

⁷ Vid. R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, 2007.

⁸ M. BALLBÉ, «La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista», en *Anuario de la Competencia de 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998.

⁹ Se olvida que el movimiento independentista norteamericano surge en gran parte por la existencia de monopolios ingleses en el comercio que les excluían del mercado. La mayoría de las 13 Constituciones de los Estados independientes tenían consignados preceptos sobre el tema dentro del capítulo de los derechos fundamentales. Concretamente, el artículo 27 de la Constitución de Maryland establecía que «los monopolios son detestables, contrarios al espíritu del gobierno libre y a los principios del comercio, y no tienen por qué ser

pio de fragmentación y equilibrio del poder económico era la plasmación del principio constitucional federal de *checks and balances* en el ámbito de la economía. La americanización del Derecho de la competencia se evidenció en Europa puesto que, con la derrota del nazismo, como señaló GARRIGUES, «los soldados americanos llevaban en sus mochilas la *Sherman Act* de 1890», porque siempre entendieron que el nazismo y la concentración del poder político no eran más que el resultado de una previa concentración de poder económico a través de los cárteles alemanes¹⁰.

Los artículos 85 y 86 del Tratado europeo, redactados posteriormente, son, en definitiva, la plasmación del Derecho americano de la competencia¹¹.

Por ello, si la globalización es, en el fondo, la americanización, empecemos, pues, a retrotraernos en su historia y a analizar el sistema interno norteamericano para conocer mejor lo que nos está viiendo y el sentido último de estas regulaciones administrativas.

En primer lugar, cabe decir que los importantes cambios que se produjeron en los EE.UU. a principios del xx —encauzados primordialmente por el movimiento progresista ideado, entre otros, por el profesor, y posterior Presidente de los EE.UU., W. Wilson— hicieron que pasara de ser un Estado liberal sin Administraciones Públicas ni regulaciones intervencionistas a ser un potente «Estado administrativo». Se crearon importantes agencias administrativas y se produjo un fuerte intervencionismo en el campo económico y social, que sería la base institucional y legal de la génesis de EE.UU. como gran potencia federal en el plano internacional.

Así, debemos resaltar que el sistema jurídico norteamericano tuvo dos grandes etapas: la de su creación hasta finales del siglo XIX (Estado individuo-céntrico o Estado-comunidad) y la de principios del siglo XX hasta la actualidad (Estado administrativo y regulador).

soportados». Es falsa, pues, la aseveración neoliberal de que en EE.UU. funcionó el libre mercado sin ningún tipo de intervención del Estado. Este precepto constitucional tenía una concreción jurídica y, sobre todo, tenía un permanente control judicial ante sus vulneraciones. Ello demuestra que había una ordenación y un control del mercado, no tanto por vía administrativa, sino por vía judicial.

¹⁰ J. GARRIGUES, *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, 1964. Vid. también LL. CASES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons-EAPC, 1995.

¹¹ Jean Monnet, uno de los fundadores de la Unión Europea, era un gran conocedor de los EE.UU., donde vivió y se relacionó durante los años decisivos de la guerra mundial, como demuestran su trayectoria y sus memorias. Se inspiró en el Derecho norteamericano en la gestación de los artículos sobre competencia en los Tratados europeos. Primero con el de la CECA y posteriormente con el de Roma. Incluso entre sus colaboradores en la redacción de los artículos sobre competencia del Tratado de la CECA se cuenta un antiguo profesor de Derecho de Harvard, especialista en *Antitrust*, que estuvo en París en 1950. MONNET, *Memorias*, Siglo XXI, 1985; M. DJELIC, «Does Europe mean americanization? The case of competition», *Competition and Change*, vol. 6 (3), 2002, pág. 244.

2. LA INFLUENCIA RELIGIOSA CATÓLICA Y PROTESTANTE EN LA DIFERENTE CONFIGURACIÓN DEL ESTADO Y LA SEGURIDAD EN EUROPA Y EE.UU.

Es obligado hacer una referencia a las raíces religiosas del modelo administrativo europeo, que será un modelo contrapuesto al norteamericano, de raíz protestante puritana.

La Iglesia católica, desde el siglo X hasta la construcción del Estado absoluto, representó la única Administración perfectamente organizada y articulada a lo largo y ancho de Europa, convirtiéndose en un sistema modélico de organización jerárquica y en red. Pensemos que en toda Europa no existía todavía otro entramado administrativo y funcionarial como el de la Iglesia, que se desplegaba en todo el territorio a través de iglesias, conventos, abadías..., sedes ocupadas por «funcionarios» eclesiásticos o *clerics*¹². Y el latín, lengua vehicular de la Iglesia, era también la lengua del Derecho y de la *expertise* administrativa¹³. En cuanto a la seguridad, la Iglesia católica va a ofrecer múltiples soluciones innovadoras, tanto en el plano regulador como de tipo organizativo. El catolicismo va a tener una función protectora de los creyentes (embrión del futuro «Estado protector»), estableciendo un orden social, moral y material bajo sus propias Administraciones y múltiples regulaciones, y con procedimientos propios que, posteriormente, constituirán el origen del sistema centralista de administración y de seguridad pública. Concretamente, tres son las instituciones jurídicas y políticas de organización de la seguridad que la Iglesia va a crear y que va a imponer como Derecho común en toda Europa: la *Tregua Dei*¹⁴, las Órdenes religioso-militares¹⁵ y la Inquisición. En palabras

¹² J. M.^a FONT I RIUS, *Estudios sobre los derechos e instituciones locales en la Cataluña medieval*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1985; especialmente ver cap. II, «Formación social-geográfica de los centros de población».

¹³ «La expresión *clerc* cambia lentamente de significado para referirse cada vez más a la persona que ha estudiado, que sabe leer y escribir latín para lo cual suele ser preciso estar en posesión de las órdenes menores. Poco a poco y a causa de la expansión del aparato administrativo se va secularizando tanto la designación de *clerc* como determinados tipos de estudios universitarios. Ya no se aprende latín con el fin exclusivo de convertirse en clérigo, sino con el más inmediato de hacerse funcionario». N. ELIAS, *El proceso de la civilización*, FCE, Madrid, 1987, pág. 413.

¹⁴ La Iglesia se erigió en una autoridad que progresivamente intentaba regular un orden y una seguridad estables a través de los acuerdos de paz durante determinados períodos del año, mediante la «Paz de Dios» y la «Tregua de Dios» (como los domingos, Navidad, Cuaresma, etc). Además, tenían como objetivo establecer unos enclaves de seguridad, las iglesias, como espacios que se convertían en refugio seguro, y, más adelante, se extendió a la protección de determinadas personas contra las que se prohibía ejercer violencia: clero, mujeres, niños, etc. En definitiva, la *Tregua Dei* fue una especie de regulación administrativa de seguridad pública muy eficaz para reducir progresivamente la violencia y la criminalidad. Estas regulaciones, que gradualmente o ocasionalmente eran respetadas por los violentos (delincuentes y señores de la guerra), significaban la implantación de una cultura civilizadora y didáctica de sometimiento a unas reglas sociales. Cabe tener en cuenta que las funciones de seguridad eran coparticipadas entre las autoridades eclesiásticas y las reales. J. M.^a FONT I RIUS, *op. cit.*

¹⁵ La Iglesia, para poder llevar a cabo con eficacia el mantenimiento de la paz, y con motivo de las Cruzadas, creará estas fuerzas permanentes como auténticos cuerpos arma-

de BRAITHWAITE, «[la Iglesia católica era] el más poderoso regulador de la Europa medieval».

La Iglesia católica aporta, además de una Administración, una jurisdicción supraterritorial universal y también la idea de una justicia administrativa retenida o delegada no independiente del poder ejecutivo papista. Una prueba de la influencia de estos principios en la formación de los Estados Absolutos es el Edicto del Cardenal Richelieu en 1641, en el que se evidencia (a pesar de la repetición reiterada de que el origen del Derecho administrativo está en la Revolución francesa) cómo en el Antiguo Régimen se había configurado jurídicamente esta prohibición de los jueces a controlar a la Administración:

«es precisamente bajo el ministerio del Cardenal cuando se oficializó el fin de *l'État de Justice*. Poco tiempo antes de morir, en un Edicto en Saint Germain-in-Laye, Richelieu resumía el principio general de su política fundado en la unicidad de poder y el principio de autoridad absoluta del Estado. Para lograrlo separa netamente las funciones judiciales y administrativas, marcando así el término de una lenta evolución: de justiciero, el Rey deviene legislador, y sobre todo administrador»¹⁶.

La revolución protestante también trajo una revolución en los sistemas jurídicos y de organización. Si el sistema católico va a girar en torno a la Administración (primero eclesiástica y luego estatal), el sistema protestante en los EE.UU. va a girar en torno al individuo y la comunidad y se rechazará el modelo de organización jerárquica o de Estado administrativo.

En la primera etapa, EE.UU. era un Estado prácticamente sin Administraciones Públicas ni intervenciones administrativas. El modelo de Estado era lo que denominamos «Estado-comunidad» o «Estado individuocéntrico», a diferencia del modelo de los Estados europeos, en donde, ya desde sus inicios, la Administración era el centro de todo (aunque fuera la militar), siguiendo el modelo organizativo de la Iglesia católica, por lo que ya era un sistema de «Estado administrativo».

El modelo norteamericano, fruto de la concepción religiosa protestante y

dos especializados en seguridad y en hacer la guerra. Las Órdenes religioso-militares, como administradoras y garantes del mantenimiento del orden en general, se desplegaban en todo el territorio europeo en pequeñas fortificaciones en red. Aquí está el origen de dos instituciones troncales del Estado administrativo: el ejército profesional y la policía militarizada (Gendarmería y Guardia Civil). Recordemos que, posteriormente, el Papa traspasa estos aparatos administrativos militares y de seguridad a los reyes. D. SEWARD, *The Monks of War. The Military Religious Orders*, London, 1995, pág. 35; también, W. ULLMAN, *Il papato nel Medioevo*, Laterza, 1999; del mismo autor, *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*, Ashgate, 1999; y los estudios de Jean GAUDEMET, entre ellos: *Église et Cité. Histoire du droit canonique*, Montchrestien, 1994. Imprescindible ver KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid, 1985, y, del mismo autor, la biografía de Federico II, el primer rey que crea un Estado absoluto imitando las instituciones administrativas de la Iglesia, como la creación de una escuela de funcionarios en Nápoles.

¹⁶ F. MONNIER, «La naissance du contentieux administratif moderne», *Revue Administrative*, núm. 286, 1996.

puritana de sus forjadores, se basaba, desde Lutero, en la libre interpretación de la Biblia por el individuo¹⁷. Por tanto, el protagonista de la elaboración e interpretación de la regulación no va a ser la Administración, sino el individuo. El puritanismo americano se enfrenta a una Administración centralizada, jerarquizada, profesionalizada e hiperreguladora (ya sea de la Iglesia católica o de la Iglesia anglicana), a la que se acusaba de corrupta porque transaccionaba con los sacramentos y regulaciones inherentes. Por tanto, esta reacción individuocéntrica rechazaba cualquier Iglesia o Administración institucionalizada que tuviera el monopolio del poder, como era la Administración británica, que, con el anglicanismo, acentuó su modelo cesaropapista consistente en que la cabeza del poder político —la reina— sea, a la vez, la cabeza del poder religioso. Por ello, Administración real y religiosa se entremezclan, tal y como había ocurrido en el Imperio romano-cristiano¹⁸.

La culminación de esta entronización del individuo con autodeterminación reguladora va a ser el reconocimiento del derecho del ciudadano a llevar armas, consignado en la Segunda Enmienda de la Constitución federal norteamericana. Así, el uso legítimo de la violencia sólo por el Estado y su Administración Pública (como ocurría en la tradición europea) fue rechazado. De esta manera, la creencia de que el origen del Estado moderno deviene al conseguir éste el monopolio de la violencia legítima es errónea, precisamente por desconocer cuál es el principio diametralmente opuesto que se implanta, incluso constitucionalmente, en los Estados Unidos¹⁹. Se trata de una visión individuocéntrica, en contraposición a la tradición europea administratocéntrica. En los orígenes de los EE.UU. eran los individuos —en partida comunitaria y local (denominada *posse comitatus* o partida del condado)— quienes hacían de policías (ciudadano policía), dirigidos por un *sheriff* que era elegido por la comunidad. Por tanto, el policía será no un funcionario, sino un ciudadano más, y quedará difuminada la frontera entre lo público y lo privado.

Lo mismo ocurría con la justicia: serán los individuos (ciudadano juez), a través del jurado —una institución no administrativa, sino comunitaria—, quienes tendrán el monopolio para dictar la culpabilidad o la inocencia del procesado²⁰.

¹⁷ El protestantismo alemán y del Norte de Europa (a excepción de Suiza) reprodujo un sistema administratocéntrico, e incluso militarizado, debido a la ofensiva de los ejércitos católicos en la guerra de los treinta años, configurándose una especie de modelo de Estados cesaropapistas donde el principio de cada territorio asumía la cabeza de la Iglesia protestante e implantaba un quasi-monopolio religioso, como ocurría en los países católicos. Por tanto, sí que debe admitirse que hay una tradición administrativa protestante en Europa, cuyo Estado más representativo fue Prusia. Vid., sobre el modelo religioso católico y protestante en Prusia, J. R. FUENTES, *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, Cedecs, 2002.

¹⁸ M. BALLBÉ, «Las Administraciones públicas autonómicas. Los nuevos valores que informan el sistema constitucional autonómico y su intepretación judicial», *Cuadernos de Derecho Judicial. La Administración autonómica*, núm. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

¹⁹ R. MARTÍNEZ, *Armas: ¿Libertad americana o prevención europea?*, Ariel, 2002.

²⁰ Esta dinámica de la primacía del jurado sobre el juez sigue siendo de actualidad, como se puede comprobar en la reciente sentencia de la Corte Suprema *Ring vs. Arizona*, de 2002, por la que se anulan todas las sentencias de pena de muerte dictadas por el juez y no por el jurado.

Podemos decir lo mismo del ejército de los EE.UU.: no era una *standing army* (ejército permanente y profesional, como el europeo), sino que estaba formado por individuos voluntarios (ciudadano soldado) entrenados a través de las milicias estatales (posteriormente serían las denominadas Guardias Nacionales de cada Estado, que siguen aún hoy con ese carácter de voluntariado). Las Guardias Nacionales sólo pasan a depender del Presidente de los Estados Unidos en caso de guerra o emergencia. Todavía hoy, el 50% del ejército de los Estados Unidos en todas sus unidades —incluso las desplazadas a Irak— son Guardias Nacionales de los 50 Estados de Norteamérica. Por cierto, en ese modelo de Estado compuesto y ejército compuesto ya se podía visualizar lo que son hoy las fuerzas militares internacionales de intervención comandadas por Naciones Unidas: una fuerza militar compuesta e integrada por unidades de varios Estados²¹. Es decir, se trata ya de otro rasgo de globalización-americanización.

En definitiva, son dos modelos contrapuestos de Estado: el individuocéntrico frente al administratocéntrico. Es decir, el modelo norteamericano del ciudadano como policía, el ciudadano como militar y el ciudadano como juez, frente al modelo europeo del funcionario como policía, el funcionario como militar y el funcionario como juez.

3. LAS PERVERSIONES DEL MODELO INDIVIDUOCÉNTRICO DE SEGURIDAD NORTEAMERICANO

La crisis del Estado se pone de relieve en cada una de las instituciones anteriormente citadas. Los ciudadanos como policías en el *posse comitatus* se extralimitaban en sus funciones y defendían los intereses de los caciques locales. En muchos casos, esta institución legal se transformaba prácticamente en una partida de vigilantes, pistoleros, que se tomaban la justicia por su mano. Hay que precisar que los miembros del jurado eran nombrados por el *sheriff* y, por tanto, la separación entre policía y justicia no existía, produciéndose muchos abusos que han quedado calificados bajo el término de linchamiento²².

Otra perversión del sistema fue la militarización del *posse comitatus* (equivalente a nuestro cuerpo de policía) debido a que los voluntarios de la milicia y el ejército componían cada vez más frecuentemente esta partida policial. Incluso en algunos casos ya se introducía una unidad de la milicia entera en el

²¹ M. BALLBÉ y R. MARTÍNEZ, *Soberanía Dual y Constitución Integradora*, Ariel, Barcelona, 2003; sobre todo para este tema, ver el cap. 9, «La Guardia Nacional: la composición dual —federal y estatal— del ejército de los EE.UU.», págs. 105 y ss.

²² C. WALDREP, *The many faces of Judge Lynch. Extralegal violence and punishment in America*, Palgrave, 2002. Cabe decir que la ley de Lynch ha sido definida como la práctica según la cual las personas son castigadas por un delito real o imaginario sin las garantías judiciales efectivas. El *Lynch mob* significaba una espontánea y no organizada partida con el objetivo de castigar a determinadas personas sospechosas. Los vigilantes también se denominaban *regulators*, difuminando así las tareas del *posse*. R. M. BROWN, «Legal and behavioral perspectives on American Vigilantism», en L. M. FRIEDMAN, *Law in American History*, 1971, pág. 101.

posse comandada por el *sheriff* o por el *marshall*²³. Después de la Guerra Civil, las funciones de policía en el *posse* las tuvieron que realizar los militares del Norte para proteger a los ciudadanos negros libres del Sur, incluso en los colegios electorales. En una elección presidencial muy disputada se acusó a los militares —en sus funciones de policías— de manipular votos. A raíz de todo ello se promulgó la ley más importante que separaba la función policial civil de la militar. En efecto, la *Posse Comitatus Act* federal de 1878 prohibió a los militares profesionales o a las milicias participar en las funciones de *law enforcement* como policías o miembros del *posse*²⁴.

En el plano estatal —donde esta Ley no se aplicaba— se siguió recurriendo constantemente a las milicias y a las Guardias Nacionales de los Estados (dependientes de cada Gobernador, y sólo en caso de guerra dependientes y comandadas por el Presidente de los EE.UU. como parte de las Fuerzas Armadas). Y es que en aquella época, ante el incremento de las huelgas:

«todavía en los años 20 muchos de los altos mandos de la Guardia Nacional eran empresarios. En este periodo al igual que a finales del siglo xix, la Guardia sirvió a los intereses de los empresarios en los conflictos con los trabajadores. La prensa y el Congreso criticaban a la Guardia Nacional calificándola como ejército privado de las grandes empresas»²⁵.

Vuelve a vislumbrarse esta mezcla de lo público y lo privado, lo militar y lo civil, que llega hasta nuestros días en el ejército y en la policía (como se evidencia en Irak).

Esta Ley de 1878, que representa la tradición del poder civil frente al militar, ha sido la más discutida desde el 11S y recientemente ha sido modificada sustancialmente para dar protagonismo a los militares en las funciones de seguridad y policía internas.

La tercera perversión del sistema fue la privatización de la seguridad. Al rechazar el modelo de cuerpos de policía profesional —que a mediados del siglo xix sólo existían en las grandes concentraciones urbanas como Nueva York o Chicago—, y para cubrir ese vacío, surgieron investigadores privados y empresas de seguridad. La más famosa fue la creada por Allan Pinkerton en 1840, la Agencia Nacional de Detectives Pinkerton²⁶. Paradójicamente, sus clientes más importantes eran, además de las empresas privadas, las Administraciones Públicas (correos, falsificación de la moneda, vigilancia nocturna de ciudades como Chicago, etc.). Llevaban a cabo incluso la investigación de delitos federales encargados por el Departamento de Justicia. Finalmente, también trabajaban para empresas concesionarias.

²³ Una especie de *sheriff* federal que intervenía cuando se debían hacer cumplir leyes federales.

²⁴ S. SKOWRONEK, *Building a new American state. The expansion of national administrative capacities 1877-1920*, Cambridge, 1984.

²⁵ M. DERTHICK, *National Guard in politics*, Harvard, 1965.

²⁶ J. HORAN, *The Pinkertons: The detective dynasty that made history*, Crown, 1967.

Durante la Guerra Civil, la inexistencia de una mínima Administración federal desplegada en el Sur provocó que el gobierno encargara a Pinkerton trabajos propios del servicio de inteligencia, puesto que su empresa tenía una red de agentes en las ciudades del Sur y la Administración Pública federal no. En 1861, el Presidente recurrió al General McClellan, un directivo del sector ferroviario, el cual encargó a Pinkerton (que ya trabajaba para el ferrocarril) la misión de organizar un servicio secreto militar²⁷. El origen, pues, de la CIA y del Servicio Secreto norteamericano está en la seguridad privada. Efectivamente, la empresa de Pinkerton se considera la primera institucionalización de los servicios de inteligencia norteamericanos que se iniciaron como organización pública con el Servicio Secreto (hoy cuerpo de policía federal, diferente del FBI, que protege al Presidente)²⁸. También en aquel momento se encargó a Pinkerton la protección de Lincoln. Posteriormente, a causa de las luchas intestinas entre políticos y militares y las suspicacias por el creciente protagonismo e influencia de Pinkerton, le fue rescindido el contrato de escolta presidencial. Así y todo, detectó a tiempo un intento de atentado contra el Presidente en Baltimore, pero se burlaron de él aduciendo que era una invención para obligar a contratarlo de nuevo. Sin embargo, el asesinato de Lincoln años después le procuró aún más fama y prestigio.

La crisis del modelo de seguridad privada llegó precisamente por su creciente éxito. Los pinkertons eran llamados como miembros voluntarios del *posse comitatus* una vez habían jurado ante el *sheriff* para hacer las funciones de policía pública en casos de conflictos laborales.

Fue durante la huelga de 1892 cuando, para atajar los disturbios, se utilizó, como en otras ocasiones, a pinkertons como policías. Las muertes que se produjeron en el tiroteo provocado por esta intervención policial causaron gran impacto y rechazo entre la población. Todo ello dio lugar a la primera Ley de seguridad privada federal, la *Pinkerton Act* de 1893, que prohibía por primera vez hacer de policía y de *law enforcement* a los miembros de las empresas de seguridad privada. Esta prohibición provocará que el Departamento de Justicia se vea obligado a crear en 1905 un cuerpo de policía federal propio, que será el FBI. Sin embargo, incluso cuando se crea un cuerpo público de policía, queda evidente un halo privado ya que el primer director del FBI fue un empresario de una compañía de seguridad privada, Burns.

Es importante destacar esta característica del modelo de seguridad norteamericano. En la globalización resurge el viejo modelo de confusión de lo público y lo privado en la seguridad²⁹. Concretamente en la guerra contra el terrorismo y en la invasión de Irak, se reproduce esta interacción entre la seguridad pública y privada. Las empresas de seguridad privada tenían un amplio espectro de funciones: desde hacer de escolta de la autoridad norteamericana en Irak (Paul Bremer) hasta obtener importantes contrataciones (prime-

²⁷ R. JEFFREYS-JONES, *Cloak and Dollar*, Yale University Press, 2002.

²⁸ M. DORMAN, *The secret service story*, Delacorte Press, 1967.

²⁹ A. LEANDER, «Globalisation and the State monopoly on the legitimate use of force», *Political Science Publication*, núm. 7, Faculty of Social Sciences, Copenhagen, 2004.

ro por la Administración de ocupación y posteriormente por el gobierno de Irak) para prestar servicios de todo tipo (militares y policiales)³⁰. Un ejemplo de actualidad es la empresa privada Blackwater, que incluso en las regulaciones que inicialmente se dictaron gozaba de inmunidad, como el ejército de ocupación³¹.

La cuarta perversión del sistema fue, a partir de 1829, la elección de todos los puestos administrativos: el *spoil system*. Fue sobre todo a partir del gobierno del Presidente Jackson cuando todos los puestos de la Administración eran elegidos para mandatos breves, con el fin de que una «élite funcionarial» no se apropiara de los puestos administrativos como botín (*spoil*). Así, la mayoría de cargos públicos eran elegidos, como el *sheriff*, e incluso el 90% de todos los jueces de los Estados Unidos.

A finales del siglo XIX se agudiza la crisis en el Estado-comunidad debido a la corrupción y a una politización partidista de los cargos administrativos por encima de cualquier otro mérito o capacidad profesional (clientelismo político). Cada vez se hacía más evidente la necesidad de construir una Administración Pública, hasta entonces anoréxica y que adolecía de falta de profesionalidad, para responder a las demandas y servicios públicos que se debían prestar.

Este largo periodo también se podría calificar como de «Estado anómico», es decir, en palabras del sociólogo francés DURKHEIM, con una subregulación o una falta de reglas³². En este sentido se ha dicho que «un estado sin normas éticas o desregulado deja a los individuos sin una adecuada guía ética para su comportamiento habitual y recorta la integración social»³³.

Aunque subsisten todavía hoy residuos de aquel Estado individuocéntrico —sobre todo en el mantenimiento del derecho individual a llevar armas—, lo cierto es que, a principios del siglo XX, se había evolucionado radicalmente hacia un Estado administrativo. Sin embargo, ese singular modelo de seguridad es lo que hoy todavía contrapone más a Europa y los EE.UU.

³⁰ P. SINGER, *Corporate Warriors. The rise of the privatized military industry*, Cornell University Press, 2003. Ver también C. ROSKY, «Force, Inc.: The privatization of punishment, policing, and military force in liberal states», *Connecticut Law Review*, vol. 36, 2004.

³¹ Recientemente, el gobierno de Irak ha rescindido sus contratos con esta empresa porque sus agentes privados en funciones de policía ocasionaron la muerte de 17 civiles iraquíes inocentes. Vid. SCAHILL, *Blackwater. The rise of the world most powerfull mercenary army*, Nation Book, 2007; también, PELTON, *Licenced to kill*, 2006; así como RASOR et al., *Betraying our troupes. The destructive results of privatization*, 2007.

³² Sobre el concepto, vid. P. WALDMANN, *El Estado anómico*, Nueva Sociedad, 2003. Este autor amplía el concepto e incluye «circunstancias normativas contradictorias o confusas». Señala que una situación es anómica cuando «faltan normas o reglas claras, consistentes o sancionables y aceptadas, hasta cierto punto, por la sociedad para dirigir el comportamiento social y proporcionarle una orientación. El Estado y lo estatal representan aparentemente un polo opuesto al concepto de anomia ya que, al menos en la historia europea, están estrechamente vinculados con la concepción del orden y la legalidad» (págs. 11 y 12).

³³ W. MORRISON, «Anomie», en *The Sage Dictionary of Criminology*, 2001, pág. 10.

4. LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTADO ADMINISTRATIVO Y REGULADOR EN LOS EE.UU.

La piedra angular de esta nueva filosofía administrativizadora la lideró el movimiento progresivo (*progressivism*). Y W. Wilson fue uno de sus protagonistas. Denunció en su famoso libro *El gobierno por el Congreso* la falta de un gobierno por el ejecutivo y la inexistencia de unas Administraciones Públicas implementadoras, así como la carencia de funcionarios de carrera, profesionales e imparciales, alejados de la refriega política —parecidos a los de los Estados europeos—. Defendía la aprobación de unas regulaciones administrativas intervencionistas, imprescindibles tanto en los servicios públicos que requerían de una alta especialización (ferrocarril, gas, agua, etc.) como en otros ámbitos económicos y sociales.

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

Aunque se ha señalado que la primera agencia reguladora federal independiente fue creada en 1787 con el nombre de *Patent Office* (Administración de Patentes)³⁴, la primera gran oleada administrativa y reguladora empieza con la *Interstate Commerce Commission* (Comisión del Comercio Interestatal), en 1887. Con ésta se inicia una importantísima e ingente regulación en todas aquellas cuestiones que, según la cláusula constitucional, afectaran al comercio interestatal.

No podemos dejar de resaltar el antecedente de las agencias reguladoras estatales que inspiraron posteriormente esta reforma administrativa federal. Concretamente, fue la Comisión reguladora del Ferrocarril del Estado de Massachusetts en 1869, cuyo primer presidente y artífice fue Adams.

En la época de la aparición del ferrocarril como monopolio natural, «para los americanos, el monopolio implicaba la eliminación de esas oportunidades económicas que diferenciaban a la democracia del Nuevo Mundo de la tiranía del Viejo. Todo argumento a favor de cualquier forma de monopolio debía soportar, por tanto, la carga de un prejuicio nacional»³⁵.

Al principio, los legisladores se limitaron a fomentar la construcción de nuevos ferrocarriles para competir con los ya existentes. Para Adams, esta opción carecía de sentido. En 1869 se quejaba de que los legisladores «sólo veían la existencia de un monopolio, pero no se daban cuenta de que era mucho más fácil y más barato regularlo que destruirlo». Y para ello era necesario crear una Comisión administrativa compuesta por especialistas, cuya permanencia en el cargo no fuese coincidente con el periodo de la legislatura. Se trataba de

³⁴ J. MASHAW, «Recovering American Administrative law: federalism foundation, 1787-1801», *Yale Law Journal*, abril 2006.

³⁵ MCCRAW, *Adams and the Sunshine Commission*, Cambridge, 1984, pág. 10.

separar política y Administración. Dictadas las líneas políticas generales, la ejecución y el control como materia técnica debían reservarse a un órgano administrativo independiente compuesto por expertos. La corrupción que había aparecido en torno al creciente poder de los empresarios del ferrocarril, en contubernio con los políticos y administradores, fue un factor decisivo para la creación de estas Comisiones administrativas ubicadas fuera del ámbito de la política.

Con la creación de esta Comisión no sólo se introducía un modelo de Administración Pública independiente, sino una nueva concepción de la regulación que ya no se circunscribía a una referencia de normas concretas, sino a las facultades de ordenación y control que este tipo de agencias tenían sobre ese sector económico específico: poder llamar a declarar en audiencia pública (con los medios de comunicación presentes, a menudo después de algún escándalo) a los directivos del ferrocarril y demás protagonistas implicados, políticos o privados; facultad de dictar informes y hacer recomendaciones... Su función era velar por la objetividad y la transparencia en el funcionamiento de determinados sectores económicos y empresariales.

Todo ello iba a dar más poder a estas Comisiones del que tendrían si dispusieran de poder normativo. A partir de ese momento, aunque nos cueste entenderlo en la tradición europea, a ese conjunto de actuaciones que van a ordenar un sector a través de múltiples instrumentos se le denominaría regulación.

La Comisión, dejando a salvo su poder de exigir información de las empresas de ferrocarriles, no disponía de poder coercitivo. En palabras de Adams, «los comisionados no tienen otro poder que el de recomendar e informar. Su única apelación es a la publicidad. La Comisión es al mismo tiempo fiscal, juez y jurado, pero sin un *sheriff* que haga cumplir su proceso». Esto es lo que precisamente Adams pretendía. Y su estrategia ha permanecido en la esencia de las funciones de las Comisiones reguladoras «como una de las más ingeniosas y calculadas autolimitaciones en la historia de la regulación»³⁶.

Luego lo reproducirían otras Comisiones reguladoras en sectores como el eléctrico, y no sólo en el plano estatal, sino también federal. Estas Comisiones iban a proyectar un nuevo sistema administrativo, diferente del que regía en la Europa continental.

4.1. *La primera gran oleada administrativa y reguladora en EE.UU.*

Otra de las leyes capitales del Estado administrativo y regulador será la Ley Federal antimonopolios (*Antitrust*) de 1890, la denominada Ley Sherman, que tenía la pretensión de ordenar el libre mercado. Sin embargo, todavía quedan algunos neoliberales que sostienen que el capitalismo norteamericano es-

³⁶ McCRAW, *op. cit.*, pág. 20. Vid., sobre la evolución de las teorías de los profesores de Derecho administrativo, W. CHASE, *The American Law School and the rise of administrative government*, Wisconsin, 1982.

taba desregulado y no hubo intervencionismo administrativo y judicial. Ello demuestra un completo desconocimiento de las consecuencias de esta Ley, vigente todavía hoy, que no deja dormir al Presidente de Microsoft y que supuso la instauración y consolidación de un capitalismo más racional y eficiente y bajo el principio federal de *checks and balances*, es decir, de frenos y equilibrios de poder, también, en los poderes económicos.

Ha tenido que transcurrir casi un siglo para ver implantados los principios de democracia económica en Europa y en el resto de América, y hay que seguir recordando que estas Administraciones y regulaciones anticoncentración del poder económico fueron fruto de los movimientos populares que se oponían a la instauración de una oligarquía económica en aquel país³⁷. Recorremos la famosa frase del senador Sherman —inspirador de la *Antitrust Law*— cuando declaró bien expresivamente el valor jurídico, constitucional y federal que contenía esta regulación económica:

«si no toleramos un rey absoluto en el poder político, no deberíamos tolerar un rey absoluto de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir; si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier producto».

Quizás el resultado más impactante de esta regulación del mercado y la competencia fue la sentencia de la Corte Suprema en 1911 condenando al gigante *Standard Oil* a fragmentarse en 34 empresas³⁸.

La llegada a la presidencia de Wilson va a producir el gran cambio hacia un Estado administrativo y regulador. Además, se van a sembrar las simientes de la globalización jurídica y administrativa. No podemos olvidar tampoco al famoso asesor del Presidente, el Coronel House, quien en 1912 publicó una novela anónima titulada *Phillip Dru: administrator*. Se trata de un auténtico programa de reforma administrativa donde se proponía la creación de una Reserva Federal y otras medidas³⁹ que posteriormente se llevaron a cabo. Incluso en la novela se apuntaban ya propuestas administrativas con proyección internacional como la creación de la Liga de Naciones. Posteriormente serán el Coronel House y el Ministro de Asuntos Exteriores inglés, Edgard Grey, los que hagan una propuesta internacional concreta. La idea fue la creación de una federación mundial de Estados que aceptaran el arbitraje y la subordina-

³⁷ S. PIOTT, *The Anti-Monopoly persuasion. Popular resistance to the rise of big business in the Midwest*, Greenwood, 1985.

³⁸ El posteriormente juez de la Corte Suprema, BRANDEIS, asesor de Wilson, será uno de los ideólogos de la lucha contra la concentración económica. Vid. su libro *El dinero de los demás*, Ariel, 1994.

³⁹ Creación de jueces federales de carrera, desarrollo del derecho de los sindicatos para poder estar representados en la dirección de la empresa, seguridad en el trabajo, impuesto de la renta y de sucesiones federales, regulación de la moneda, pensiones y seguro de desempleo, jornada máxima de trabajo, reducción de tarifas.

ción al Derecho internacional basado en el *rule of law* anglosajón en lugar del recurso a la fuerza. Se proponía también la supresión de las barreras económicas y las tarifas internas siguiendo el modelo (que existía anteriormente entre los Estados de los EE.UU.) que se encuentra en el artículo 4 de la Constitución federal, lo que significaba los primeros pasos de la idea de lo que sería el GATT y, desde los años noventa, la OMC.

Se ha dicho que estas propuestas de alcance mundial de Wilson suponían «la extrapolación de las ideas del federalismo constitucional americano a la arena internacional»⁴⁰.

Toda la propuesta de Wilson, como ha señalado el senador MOYNIHAN, era «un mundo regulado por el derecho»⁴¹.

Los seis puntos esenciales que Wilson propuso en el Congreso de 1918, «cada uno derivaba en algún aspecto de la Constitución federal. La Liga de Naciones es una réplica de la estructura de las ramas [federal y estatales] de la Constitución norteamericana»⁴². Paradójicamente, este poder de los Estados en el Senado —frente a la presidencia de Wilson— fue el que impidió que EE.UU. suscribiera el Acuerdo de Versalles de creación de la Liga de Naciones.

El innovador paquete de reformas administrativas y reguladoras de Wilson iba a ser tan revolucionario como esa propuesta de una Administración internacional.

La *Clayton Act* de 1914 vino a concretar aún más los principios de Derecho de la competencia y de fragmentación del poder económico y, a la vez, se creó la *Federal Trade Commission* como la Administración para aplicar la cláusula de comercio y la regulación del comercio interestatal y el Derecho de la competencia⁴³. Con ello el poder administrativo federal en el interior se consolidó.

Asimismo, un año antes, en 1913⁴⁴, se había creado la Reserva Federal (Banco Central), que ordenó el mercado de Wall Street e inició la supremacía reguladora y financiera de los EE.UU., desbancando a la Gran Bretaña.

La Enmienda 16 a la Constitución americana, en 1913, dando poder al Congreso para crear impuestos federales y establecer una Administración *ad hoc*, supuso la implantación de lo que posteriormente sería la Agencia Tributaria norteamericana, en la actualidad denominada IRS (*Internal Revenue Service*)⁴⁵, lo que supuso el establecimiento de la columna vertebral del Estado intervencionista y social moderno.

⁴⁰ P. BOBBITT, *The Shield of Achilles. War, Peace and the course of History*, Anchor Books, NY, 2003, págs. 378 y ss.

⁴¹ MOYNIHAN, *On the law of nations*, Harvard, 1992.

⁴² BOBBITT, *op. cit.*

⁴³ I. BORRAJO, *Federalismo y Unidad Económica: la Cláusula de Comercio de la Constitución de EE.UU.*, INAP, 1986; T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Unidad económica y descentralización política*, Tirant lo Blanch, 2004.

⁴⁴ W. L. SILBER, *When Washington shut down Wall Street. The Great Financial Crisis of 1914 and the origins of America's Monetary Supremacy*, Princeton University Press, 2007. Vid. M. A. ORRIOLS y J. ROCA, *Banco de España y estructura plural. El modelo de la reserva federal y el Bundesbank alemán*, Marcial Pons, 1997.

⁴⁵ J. THORNDIKE, «Reforming the Internal Revenue Service: a comparative history», *Administrative Law Review*, vol. 50, 2001, pág. 719. Vid. también la tesis doctoral de J. P. ORTIZ

Por otro lado, el Estado administrativo y regulador también se amplió a consecuencia de la Ley Seca de 1919 (*Volstead Act*). No hace falta destacar que supuso un intervencionismo administrativo no sólo en las empresas, sino en la misma *american way of life*⁴⁶.

4.2. La segunda oleada de construcción del Estado administrativo norteamericano

La segunda oleada vino como consecuencia del *crash* del 29 y la llegada a la presidencia de Roosevelt, en 1932 (tenía una gran experiencia administrativa puesto que fue Gobernador del Estado de Nueva York durante ocho años). Su programa, llamado *New Deal*, amplió el intervencionismo y las regulaciones después de la gran depresión.

Los asesores de Roosevelt, profesores de Derecho administrativo de Harvard, Frankfurter y Landis, redactaron la legislación sobre mercado de valores y las obligaciones de las empresas en este campo. Posteriormente, Landis será nombrado Presidente de la nueva Comisión, la famosa *Securities Exchange Commission* (SEC), en 1934.

Esta reforma puede considerarse trascendental porque vino a cambiar los parámetros del Derecho administrativo y de las tradicionales formas de intervención e inspección administrativas. Se diseñaba una regulación que establecía en primer lugar una *corporate responsibility*, lo cual obligó a las empresas a corresponsabilizarse, a crear un departamento de riesgos financieros, a aflorar sus cuentas y a someterse a auditorías financieras y contables, certificación y acreditación. Este diseño instauró el modelo de autorregulación regulada que se halla en la base de la moderna concepción del Derecho administrativo, de la sociedad del riesgo y de las técnicas de responsabilidad de las empresas en otros campos, como el de prevención de riesgos laborales, ambientales, o auditorías y evaluación de calidad.

Se les obligaba a revelar información sobre sus actividades económicas (transacciones, beneficios, pérdidas, etc.) y con ello se iniciaban los nuevos derechos del ciudadano a conocer y al acceso a la información, creando, con la auditoría externa obligatoria, un ejército de profesionales de la prevención de riesgos y un *soft law* de unas regulaciones de calidad y seguridad, coparticipado por las empresas, la comunidad activa y el Estado, configurando un nuevo modelo de Estado regulador.

Todavía hoy, cuando se habla de evaluación y auditoría en la Administración Pública (por ejemplo, en la universidad)⁴⁷, se señala que es una extrapolación

MEYER, titulada *El IRS: La agencia tributaria norteamericana en proceso de cambio*, UAB, 2004.

⁴⁶ Ello comportó que el Departamento del Tesoro, a través de la Administración Tributaria, creara otro cuerpo de policía federal donde actuó el famoso Elliot Ness. Posteriormente, esta policía se desglosó en dos en 1972: las policías federales del IRS y del ATF (*Alcohol, Tobacco and Firearms*).

⁴⁷ Vid., sobre la importancia del conocimiento de los estándares e indicadores de calidad.

lación de las técnicas empresariales a lo público, cuando precisamente se trata de lo contrario. Fue el movimiento progresista de Roosevelt, los administrativistas y sus regulaciones los que obligaron a las empresas a introducir estas técnicas de manera obligatoria. Por lo tanto, fue el inicio de una nueva forma de regulación pública y social que ha transformado al Estado en un Estado evaluativo, y a la sociedad, sus empresas y servicios, en una *audit society*⁴⁸.

La diferencia entre los dos conceptos de Estado administrativo y Estado regulador es que con esta última acepción no se trata tanto de crear amplias Administraciones Públicas repletas de funcionarios, sino que organismos reguladores sin tanto aparato administrativo consiguen una autoridad y una eficacia mayores. Al regular el comportamiento de empresas y ciudadanos y traspasarles la responsabilidad a ellos, se convierten prácticamente en protagonistas activos de la implementación de los valores y principios de esta regulación. Este paso de Estado administrativo a regulador podemos situarlo en la época Landis, con la SEC y con este cambio de regulación administrativa en el que la Administración era la protagonista única, y ahora lo serán, además, las empresas y los ciudadanos⁴⁹.

La proyección global que progresivamente ha tenido la SEC es más que evidente. En 1975 tan sólo había 33 empresas extranjeras que cotizaban en *Wall Street* bajo las regulaciones de la SEC. En la actualidad son 450 empresas extranjeras (de un total de 2.700) que terminan litigando en los juzgados del Distrito Sudeste de Manhattan⁵⁰. Hoy se está proponiendo el sistema de «reconocimiento mutuo» de legislaciones, aunque EE.UU. sigue siendo la referencia mundial en el campo de las regulaciones y de la Comisión de Valores, que todos los demás imitan⁵¹.

También para las empresas que han querido registrarse en la Bolsa de Nueva York o entrar en el mercado norteamericano, la SEC les exige que usen el USGAAP⁵², que es todo un protocolo regulador del sistema contable y financiero de la empresa.

Los recientes escándalos derivados de la quiebra de Enron y de World.com

dad, la tesis doctoral de Pilar JIMÉNEZ TELLO, *Auditoría y calidad universitaria*, UAB, 2007 (pendiente de publicación). En esta investigación se pone de manifiesto cómo las universidades españolas están a la cola de las universidades del mundo, por desconocer y no utilizar los indicadores y estándares angloamericanos en uso. Es decir, nuestras universidades, como nuestra economía, son de las primeras del mundo, pero así como la empresa y el mercado ya hace tiempo que se han homologado en tales indicadores, la universidad sigue ignorando las nuevas reglas del juego imprescindibles para obtener la calificación óptima que merece.

⁴⁸ M. POWER, *The audit society: Rituals of Verification*, Clarendon Press, 1997.

⁴⁹ C. STONE, *Where the law ends. The social control of corporate behavior*, Harper Torchbooks, 1975.

⁵⁰ Como ocurrió en el caso de la OPA de Gas Natural a Endesa. Vid. la voluminosa documentación que comporta cada litigio, como el pleito de *Gas Natural versus E.ON*, en *United States District Court-Southern District of New York*, Caso núm. 06 Civ. 13607 (DLC).

⁵¹ Vid. el artículo del Director del Departamento de Asuntos Internacionales de la SEC, E. TAFARA, «A blueprint for cross-border access to U.S. Investors: A new international framework», *Harvard International Law Journal*, vol. 48, 2007.

⁵² *United States Generally Accepted Accounting Principles*.

han puesto en evidencia cómo todo el diseño de Landis, después de más de medio siglo de funcionamiento, ha sido un éxito, puesto que estos casos son la excepción. Las correcciones reguladoras más intervencionistas a estas irregularidades precisamente han tenido lugar en la época de un Presidente neoliberal como Bush. Ciertamente, la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 se ha valorado como una eficaz regulación administrativa para atajar las prácticas fraudulentas. Esta Ley viene a reforzar los organismos *watchdog* y la responsabilidad de los directivos, contables y abogados. Precisamente esta crisis deriva de las épocas conservadoras de Nixon, Reagan y Bush, en que se calificaba a estos organismos de control como *toothless watchdog* (perros guardianes sin dientes). Ahora este diseño legal «transforma a estos organismos y a los auditores en *sheriffs* que vigilarán a sus clientes como guardianes de la confianza pública»⁵³.

Desde el escándalo de la quiebra del Banco Barings se ha intensificado la interacción entre las Administraciones Públicas de Valores, compartiendo información como un sistema esencial para establecer el grado de riesgo que tienen las diferentes empresas y organismos financieros. Tiene ya una posición relevante la *International Organization of Securities Regulators*, IOSCO (Organización internacional de los reguladores de valores bursátiles y financieros)⁵⁴. Este modo de cooperación e interacción cotidiana entre los reguladores y funcionarios de los diferentes países es uno de los modelos de globalización administrativa y reguladora. Es lo que SLAUGHTER ha denominado «los nuevos diplomáticos»⁵⁵.

Ello viene a demostrar que el principio neoliberal de «más mercado y menos Estado», y por tanto menos regulación y menos administración, ha quedado de nuevo en entredicho⁵⁶. Precisamente, el principio que ha hecho grande a EE.UU. (desde la crisis de los años treinta) es más y mejor mercado gracias a más y mejor regulación y administración.

Como se ha señalado, «es más probable que nos orientemos hacia un *Efecto California* en lugar de hacia un *Efecto Delaware*. Mercados ampliamente regulados, no sólo en Europa sino en todo el mundo, tienden a ser los mercados más grandes y más saludables»⁵⁷.

Asimismo, en esta segunda oleada se regularon el salario mínimo y los se-

⁵³ T. GORMAN y H. STEWART, «Is there a new sheriff in corporateville? The obligations of directors, officers, accountants, and lawyers after Sarbanes-Oxley of 2002», *Administrative Law Review*, vol. 56, 2004.

⁵⁴ B. SIMMONS, «The International Politics of Harmonization. The case of capital market regulation», en D. VOGEL y R. KAGAN (eds.), *Dynamics of regulatory change*, University of California Press, 2004, pág. 62 y ss.

⁵⁵ A. SLAUGHTER, *A new world order*, Princeton, 2004.

⁵⁶ E. TAFARA, «A race to the top: international regulatory reform post Sarbanes-Oxley», *Int. L. Fin. L. Rev.*, septiembre 2006.

⁵⁷ D. CHALMERS, «Administrative Globalisation and curbing the excesses of the state», en JOERGES *et al.*, *Constitutionalism...*, op. cit., pág. 357. Por lo que respecta al «efecto Delaware», el autor quizás no reconoce que las empresas se trasladan al Estado de Delaware no por una laxitud fiscal o reguladora, sino por una calidad de las leyes, las Administraciones Públicas y judiciales. Vid. M. BALLBÉ y C. PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, 1997, sobre todo el cap. 3, «El caso Delaware y el Derecho societario estadounidense: el modelo clásico de competencia entre legislaciones estatales».

guros de desempleo; se creó la *Federal Communications Commission* en 1936, o el *Civil Aeronautics Board*, que empezó a regular el nuevo sistema de transporte aéreo.

**4.3. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1946.
La participación pluralista de los grupos como ejemplo
de globalización-americанизación**

Culminó esta etapa con la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*, o APA) en 1946, un verdadero Código de Derecho administrativo, todavía hoy vigente, inexistente en Europa y respecto a la cual se ha pasado por alto que inspiró la famosa Ley de Procedimiento Administrativo española de 1958. Se trata de otro ejemplo de americanización del Derecho administrativo español y europeo. La APA también significaba introducir el principio vertebral del sistema constitucional pluralista y federal norteamericano en el procedimiento administrativo y en todo el sistema de Derecho administrativo⁵⁸.

Hay que destacar aquí cuáles son los principios constitucionales que constituyen lo que hemos llamado la americanización del Derecho. Muchos de ellos se recogen en la obra de los fundadores de la Constitución americana, especialmente Madison. Con la APA de 1946 se materializa y concreta más una de las tres patas del sistema constitucional federal. Ciertamente, *El Federalista* recoge las piezas esenciales del sistema de *checks and balances* articulado en tres pilares. En primer lugar, la separación horizontal de poderes, entendida como un sistema auténtico de contrapoderes. El ejemplo más palpable es el control constitucional de las leyes por el poder judicial, pero también el hecho de tener un sistema electoral separado y diferente el ejecutivo y el legislativo ha comportado un contrapoder real, ya que, en doscientos años, apenas durante unas pocas decenas se ha dado la misma mayoría en el poder legislativo y en el ejecutivo. En segundo lugar, la separación vertical (central-estatal y local) de poderes⁵⁹. En tercer lugar, y quizás la más olvidada por la tradición europea, es la vertebración de un activo sistema de grupos de representación de intereses para que una mayoría (incluso electoral) no pueda tiranizar a las minorías. Esta articulación de la representación de los grupos ya se concretó en el poder legislativo con el reconocimiento de los *lobbies* desde el principio. Es decir, que la representación parcial de los ciudadanos podía acceder a la ante-

⁵⁸ La Ley de Procedimiento Administrativo americana se aprobó al final de un largo periodo democrática porque éstos eran conscientes de que estarían en la oposición. Por ello establecía una amplia participación y control de los grupos (y por tanto de la oposición) en la elaboración de los reglamentos y resoluciones administrativos. McNOLLGAST, «The Political origins of the Administrative Procedure Act», *Journal of Law Economics and Organizations*, vol. 15, 1999. Cabe decir que el trasplante de este artículo a nuestra Ley de Procedimiento se interpretó como la participación no de los grupos, sino del Sindicato vertical y demás instituciones corporativas oficiales.

⁵⁹ M. BALLBÉ y R. MARTÍNEZ, *Soberanía dual...*, op. cit.

sala (*lobby*) del Parlamento para influenciarlo, así como mediante los *hearings* (audiencias públicas), para que los grupos pudieran exponer sus posicionamientos. Es de este viejo procedimiento parlamentario (y del judicial) de donde provienen los principios del procedimiento administrativo de participación de los grupos. En este sentido se ha dicho que la garantía de los derechos fundamentales no se podía asegurar sólo con Constitución y leyes, sino estableciendo un equilibrio de poderes y de grupos en el proceso político y jurídico, tal y como Madison (el padre de la Constitución) explica en *El Federalista*, núm. 10:

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

Como ha señalado SUNSTEIN, «los peligros de faccionalismo y de representación en interés propio han sido la preocupación principal del moderno Derecho administrativo [norteamericano]. La mayoría de propuestas de reforma reguladora derivan de esta preocupación»⁶⁰.

El Derecho administrativo europeo surgió, por el contrario, como un principio para reforzar al máximo el poder ejecutivo y administrativo. Una de las técnicas para reforzar esta Administración centralizada y concentrada fue, desde el principio, la técnica de eludir el control judicial por parte del poder ejecutivo y su Administración. Incluso ya la Revolución francesa y su régimen constitucional —que recuperó el viejo principio de la justicia retenida de la Iglesia católica y del Edicto de Richelieu— lo implantan inmediatamente con la famosa regulación de 1791, que se extendió por toda Europa y que prohibía a los jueces controlar los actos de la Administración o citar a declarar a los administradores públicos. Esta justicia retenida y posteriormente delegada, donde la propia Administración (*Conseil d'État*) es juez y parte, no fue un mero paréntesis temporal o territorial circunscrito a Francia o España. Lo demuestra el hecho de que hasta casi dos siglos después permaneció en gran parte de Europa esta limitación del derecho a la garantía judicial efectiva del ciudadano ante la Administración. Ello queda de manifiesto en las destacadas sentencias, iniciadas con *Benthem contra Holanda*, del TEDH en 1986 (posteriormente contra Suecia, Austria, Suiza), que obligan a establecer un sistema de recurso judicial de los actos administrativos y unos tribunales judiciales contenciosos independientes, ya que hasta aquel momento sólo existía un recurso administrativo ante la reina⁶¹.

⁶⁰ C. SUNSTEIN, «Constitutionalism after New Deal», *Harvard Law Review*, núm. 101, 1987.

⁶¹ Vid. un estudio de estas decisivas sentencias que han pasado desapercibidas, tanto por haber armonizado el Derecho europeo (al margen y paralelamente de la UE y de su TJCE) como por instaurar el control judicial de la Administración en múltiples países de Europa, en C. PADRÓS y J. ROCA, «La armonización judicial en el control de la Administración. El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», núm. 136 de esta REVISTA,

En cambio, el Derecho administrativo norteamericano surge del principio constitucional y administrativo contrapuesto, es decir, el principio pluralista y federal de *checks and balances*. La misma configuración de las agencias administrativas norteamericanas, independientes del poder ejecutivo, evidencia esta característica⁶². La Ley de Procedimiento Administrativo de 1946 va a concretar este principio de asegurar que una pluralidad de grupos pudiera participar en el procedimiento administrativo y, así, configurar una democracia deliberativa donde los diferentes grupos estén frenados y equilibrados mutuamente. Estas dos características del Derecho administrativo (independencia de las agencias y participación de los grupos en el procedimiento) y su ensamblaje dentro del sistema constitucional federal quedan perfectamente explicados por el profesor de Derecho administrativo LANDIS, principal artífice y Director de la Agencia Reguladora de Valores (SEC) de 1933:

«el procedimiento administrativo es, en esencia, la respuesta de nuestra generación a las insuficiencias del proceso judicial y legislativo. Representa nuestro esfuerzo para encontrar una respuesta a esas insuficiencias mediante otro método que no sea simplemente el de acrecentar el poder ejecutivo. Si la doctrina de la separación de poderes implica división, también implica equilibrio [*checks and balances*] y el equilibrio demanda igualdad. La creación del poder administrativo puede ser el medio para preservar ese equilibrio»⁶³.

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

«cada vez más la función del Derecho administrativo no es la protección de la autonomía privada, sino la provisión de un proceso político sustitutivo para asegurar la equitativa representación de una amplia serie de intereses afectados en el pro-

1995. Cabe decir que Francia, al no haber firmado este artículo del Convenio, mantiene el sistema administrativo no judicial del *Conseil d'État*.

⁶² Sobre la poca independencia de las agencias administrativas en España, vid. M. BALLBÉ y C. PADRÓS, «Spanish independent authority and its role in a new competitive environment», en Giuliano AMATO (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Edward Elgar, 2001.

⁶³ LANDIS, *The administrative process*, Yale University Press, 1941, pág. 45.

ceso de decisión administrativa. (...) El interés público es una estructura de múltiples hilos, no es un monolito y supone un equilibrio de muchos intereses. (...) Las Administraciones deben considerar todos los diversos intereses afectados por sus decisiones como un predicado esencial para equilibrar todos los elementos esenciales para una determinación justa del interés público»⁶⁴.

Por su parte, SUNSTEIN señala que «... gran parte del moderno Derecho administrativo debe ser entendido como un esfuerzo para asegurar que la acción gubernamental refleje cierto tipo de deliberación por parte de sus actores»⁶⁵.

4.4. *La tercera gran oleada administrativa y reguladora en los EE.UU.: el nacimiento del Derecho administrativo de la regulación de riesgos*

En esta etapa se pone de manifiesto cómo la fuente de los nuevos derechos, aunque formalmente serán las leyes del Parlamento y los reglamentos de la Administración, materialmente ha sido el activismo de los grupos y la comunidad en detectar los viejos y nuevos riesgos para el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad humana. Efectivamente, los movimientos ciudadanos en los años sesenta cuestionaban que el sistema jurídico no representaba el interés general, sino el interés de unos grupos privilegiados determinados.

Uno de los primeros movimientos fue el de los derechos civiles de los negros (NAACP, Asociación Nacional de Ayuda a los Ciudadanos de Color), que inició las estrategias legales denominadas *regulation through litigation*, tan exitosas entonces, con la jurisprudencia *Warren* de la Corte Suprema, como en la actualidad (con las sentencias del movimiento anti-tabaco o de los medicamentos genéricos del sida)⁶⁶. Todo ello comportó un ingente paquete de regulaciones de nuevos derechos civiles y la introducción de las técnicas de discriminación positiva, primero para los negros y posteriormente para otras minorías, especialmente para cambiar la persistente y sutil discriminación de la mujer. Ésta es una de las instituciones y regulaciones que en la actualidad tiene más proyección global y es una de las pruebas de los aspectos más positivos de la globalización como americanización⁶⁷.

Aparejada a estas regulaciones, como siempre, se estableció una red de departamentos administrativos de *Civil Rights* en todas las agencias y departamentos del gobierno federal para hacer cumplir las nuevas legislaciones anti-

⁶⁴ R. STEWART, «The reformation of american administrative law», *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975.

⁶⁵ C. SUNSTEIN, «Legal interference with private preferences», *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986.

⁶⁶ W. VISCUSI, *Regulation through Litigation*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002. Por otro lado, sobre las *Class Action*, ver los trabajos de M. CUCHILLO.

⁶⁷ Vid. los trabajos de M. A. BARRERE, especialmente *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, 1997.

discriminación. Estas técnicas de igualdad (entendida como tratamiento desigual a los desiguales), condensadas en los principios de *affirmative action* (discriminación positiva), siguen siendo objeto de acalorada polémica por los sectores conservadores, que siempre las han cuestionado, pero acaban de consolidarse al menos por «veinticinco años más», como señalan las famosas sentencias de la Corte Suprema *Grutter v. Bollinger* y *Gratz v. Bollinger*, de 2003⁶⁸. Se trata de una institución, de unos valores y de unas técnicas de Derecho administrativo que tienen ya una resonancia y un implantación progresivas en la globalización-americanización⁶⁹.

Siguen siendo los movimientos ciudadanos los que sensibilizan de los nuevos y viejos riesgos. Precisamente estos movimientos denunciaban la captura de la Administración por los intereses de la industria.

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

«históricamente las empresas de servicio público han tenido una ventaja comparativa sobre el control del flujo de información en el proceso regulador. La capacidad de las empresas eléctricas para impedir la transformación hacia un mercado más eficiente se ve facilitada por la existencia de cárteles de información. Esta forma de colusión para controlar la información deben impedirla la administración y los tribunales»⁷⁰.

En segundo lugar, otra forma de captura es el *revolving door*, o puerta giratoria, que pone de manifiesto que «los administradores están influenciados

⁶⁸ R. POST, «Affirmative action and higher education: the view from some where», *Yale Law and Policy Review*, núm. 23, 2005.

⁶⁹ T. SOWELL, *La discriminación positiva en el mundo*, Gota a Gota, 2006. El autor hace una interpretación neoconservadora pero que no deja de reconocer el impacto mundial de este principio jurídico.

⁷⁰ PECHMAN, *Regulating power: the economics of electricity in the information age*, Boston, 1994, pág. 178.

por el hecho de que posteriormente deben buscar empleo en las industrias reguladas»⁷¹.

Con ello, desde una perspectiva científica conservadora de la Escuela Económica de Chicago, se venía a corroborar lo que el activismo de la comunidad denunciaba en la calle desde los años cincuenta: que la regulación no servía al interés general, sino al de un sector (de los blancos sobre los negros, de los hombres sobre las mujeres o de la gran industria frente a los consumidores). La divergencia venía en las alternativas. Por un lado, los economistas propusieron la *deregulation* o liberalización de los sectores regulados, privatización e introducción de competencia incluso en sectores de monopolio natural a través del acceso de terceros a la red, etc. Aunque algunas de estas medidas fueron llevadas a cabo por la Administración demócrata de Carter, los movimientos ciudadanos incidieron más en contrarrestar esta corrupción y captura de la Administración y de los políticos, en medidas de mayor transparencia, derecho al acceso a la información (tanto de las empresas como de la Administración), participación de los grupos en el procedimiento administrativo, etc., así como creación de nuevas Administraciones para regular la seguridad vial, ambiental, laboral, entre otros⁷².

Quizás uno de los derechos humanos fundamentales que se han desarrollado en las últimas décadas —fruto de los movimientos ciudadanos— y que forma parte del *corpus* administrativo es lo que se ha denominado «el derecho del ciudadano a conocer». Si el derecho fundamental es el derecho a la vida, al final, sin una transparencia administrativa, información veraz y acceso garantizado, este derecho a la vida puede verse mermado por la inactividad de la Administración y la captura del regulador por la empresa regulada al ocultarse o no detectarse los verdaderos riesgos (contaminantes químicos, aditivos cancerígenos, etc.)⁷³

Ello también ha comportado que el gobierno y la Administración hayan reaccionado desarrollando un análisis coste-beneficio para evaluar peligros y riesgos para la salud o para el ambiente. Pero, sobre todo, las presidencias con-

⁷¹ C. SUNSTEIN, «Constitutionalism after the New Deal», *Harvard Law Review*, 1987, pág. 450: «Los funcionarios de la Administración tienen presente que sus días como funcionarios públicos no van a durar siempre y tienen la vista puesta en lo que harán cuando dejen el puesto. El único lugar seguro donde pueden obtener provecho de su experiencia y de sus contactos personales es el sector regulado por la administración. Según la visión de algunos teóricos de la captura, los funcionarios, ansiosos por garantizar sus posibilidades futuras de empleo, elaboran políticas favorables a los intereses especiales regulados por esa administración. En resumen, los funcionarios se cuidan de los clientes para que los clientes se cuiden de ellos». SCHLOZMAN y TIERNEY, *Organized Interests and American Democracy*, Nueva York, 1986, pág. 342. En Francia recibe el nombre de *pantoufle*: Y. MÉNY, *La corruption de la République*, París, 1994.

⁷² M. DERTHICK y P. QUIRK, *The Politics of deregulation*, Brookings, 1985.

⁷³ P. BROWN, *Toxic Exposures. Contested Illnesses and the environmental health movement*, Columbia, 2007. «La ciencia sola no produce una regulación adecuada para reducir los tóxicos. Fue un movimiento social concertado que comenzó en los 60 formado por latinos y negros quienes fueron pioneros en este campo» (pág. 7). En la actualidad, el activo movimiento ambiental contra el cáncer de mama está haciendo aflorar información sobre las causas de este cáncer, ligado con causas ambientales, especialmente con el xenoestrógeno, que afecta a las hormonas (pág. 13).

servadoras y desreguladoras han potenciado el Departamento de evaluación del coste e impacto de las regulaciones⁷⁴ para frenar el activismo regulador de las agencias y que ello no supusiera un coste desproporcionado respecto al beneficio a conseguir. Este modelo se ha denominado «Estado coste-beneficio»⁷⁵.

Ahora bien, también la asimetría de la información ha transformado al Derecho administrativo en un Derecho y un «Estado evaluativo» donde las cifras de mortalidad en relación a las diferentes actividades económicas (seguridad vial, ambiental, etc.) se convierten en el elemento fundamental para el neointervencionismo administrativo y la re-regulación que se ha producido en las últimas décadas. Esta tradicional falta de transparencia y sospecha de captura del regulador es lo que provocó las primeras leyes de transparencia y acceso a la información, como la *Freedom of Information Act* de 1965 (FOIA) y la *Sunshine Act* de 1976, que suponen una revolución en la transparencia administrativa y en sus procedimientos.

En palabras de BREYER, hoy juez de la Corte Suprema, la «FOIA es la rama más voluminosa y técnica del Derecho administrativo federal»⁷⁶. La Ley incluye mecanismos para corregir los fallos de las agencias administrativas, proporcionando un mayor conocimiento público y un escrutinio de las prácticas administrativas y ofreciendo otros sistemas procedimentales, además del control judicial, para implicar a los ciudadanos en el gobierno. Los pleitos más importantes han sido planteados por los grupos de interés público.

Este conjunto de legislaciones está empezando a ser y será uno de los aspectos más positivos de la globalización como americanización. Se ha dicho que «la FOIA ha sido un modelo que se ha emulado en otros muchos países», y ya está considerada como un elemento inexcusable en un régimen democrático⁷⁷. En cualquier acuerdo internacional o de integración regional, son las propias Administraciones norteamericanas las que recomiendan introducir estos nuevos derechos, incluso en los acuerdos del libre comercio. En la actualidad existe ya en la mayoría de países una regulación de este tipo de patrón norteamericano⁷⁸.

Culmina esta oleada reguladora en los años setenta. En esta etapa destaca la regulación federal medioambiental con la creación de la EPA (*Environmental*

⁷⁴ La OMB (Oficina de Gestión y Presupuesto). L. BRESSMAN y M. VANDENBERGH, «Inside the administrative state: a critical look at the practice of presidential control», *Michigan Law Review*, núm. 105, 2006.

⁷⁵ C. SUNSTEIN, *The cost-benefit state. The future of regulation protection*, ABA, 2002. Cabe decir que la evaluación del impacto de las normas ya se contemplaba en nuestra Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, con la previsión del artículo 129 de garantizar la legalidad, acierto y oportunidad, inspirada de la *Administrative Procedure Act* de 1946.

⁷⁶ BREYER, STEWART, SUNSTEIN y SPITZER, *Administrative law and regulatory policy*, Aspen Law and Business, 2002, pág. 879.

⁷⁷ A. ROBERTS, *Blacked Out. Government secrecy in the information age*, Cambridge, 2006.

⁷⁸ J. ACKERMAN et al., «The global explosion of freedom of information laws», *Administrative Law Review*, 2006. También ver A. FLORINI (ed.), *The Right to Know. Transparency for an Open World*, Columbia, 2007, con Prólogo de J. E. STIGLITZ. Hay que recordar que le dieron el Nobel de Economía por sus estudios sobre la asimetría de la información en los mercados financieros.

tal Protection Agency)⁷⁹, la aprobación de las Leyes del Aire limpio y del Agua limpia, la del Agua de beber segura, la de Suelos contaminados o la Ley nacional de Política ambiental. Asimismo, se introducen nuevos procedimientos como el de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Todo ello fruto de los movimientos ecologistas.

Estos movimientos van a dar una nueva y más amplia concepción de la seguridad como protección y seguridad integral, y lucharán por la defensa del derecho del consumidor a la seguridad. El movimiento social más destacado en múltiples campos, que desarrolló la estrategia de «la regulación a través de la litigación», lo liderará Ralph NADER⁸⁰. El objetivo era juridizar la protección a través de la regulación en todos los sectores que afectan al derecho a la salud y a la vida de los ciudadanos y que ofrecían un número de víctimas mortales muy superior a la de la criminalidad común. Hasta entonces, aquellas víctimas eran desconocidas o relativizadas en una economía basada en la productividad y los beneficios y no en la seguridad de sus trabajadores, de sus consumidores y, en definitiva, de sus ciudadanos.

El libro de NADER *Inseguridad a cualquier velocidad* (1967) ya denunciaba un número muy superior de víctimas en accidentes de tráfico al de víctimas en la guerra del Vietnam o las ocasionadas por la criminalidad, creando una conciencia de que debía primar la seguridad sobre los que se beneficiaban con el negocio de la velocidad⁸¹. Como resultado de tal clima, se creó la Agencia Nacional de Seguridad en la Circulación (*National Highway Transportation Safety Administration*) y las consiguientes regulaciones impuestas a la industria automovilística para introducir nuevos dispositivos de prevención (como el cinturón de seguridad).

No podemos olvidar tampoco el desarrollo de las regulaciones sobre seguridad alimentaria y composición de los productos y la expansión de la *Food and Drug Agency* (FDA), que se ha convertido en el regulador mundial de los medicamentos⁸² por prestigio y buena reputación, y la *Consumer Product Safety Commission*.

En la actualidad, la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios de la Administración Bush ha solicitado a la FDA que divulgue el tema de los ácidos grasos *trans* contenidos en muchos alimentos, en el panel de datos sobre la nutrición, afirmando que esta información podría evitar, a un coste relativamente bajo, hasta 17.000 casos de enfermedades coronarias por año.

Un ejemplo adelantado de lo que será la globalización-americanización fue la aprobación de la Ley de la Energía Atómica de 1946 y de su Comisión

⁷⁹ LANDY, ROBERTS y THOMAS, *The environmental protection agency. Asking the wrong questions. From Nixon to Clinton*, Expanded Edition, 1994.

⁸⁰ J. MARTIN, *Nader. Crusader-Spoiler-Icon*, Perseus Publishing, 2002. En palabras de BRAITHWAITE, «Nader ha tenido más amplia influencia en múltiples sectores que cualquier otro individuo en la historia de la globalización de la regulación de las empresas».

J. BRAITHWAITE y P. DRAHOS, *Global business regulation*, Cambridge UP, 2000, pág. 31.

⁸¹ R. NADER, *Crashing the party. Taking on the corporate government in an age of surrender*, Thomas Dunne Books, 2002.

⁸² M. LUMPKIN et al., «The FDA goes global», *FDA Consumer*, vol. 40, 2006, págs. 68 y ss.

reguladora, *Atomic Energy Commission*, luego transformada, en 1975, en *Nuclear Regulatory Commission*⁸³. Los países que querían instalar centrales nucleares para uso energético civil tuvieron que cumplir los estándares y las regulaciones a que obligaban los EE.UU. Asimismo, muchos de sus protocolos provenían no sólo del «Estado administrativo» norteamericano, sino de la vertiente «Estado-comunidad» o, más bien, «Estado privado», puesto que eran empresas privadas norteamericanas las que desarrollaban dichos protocolos (normas de normalización)⁸⁴.

Las denuncias del movimiento de NADER sobre los peligros de la radioactividad nuclear (e incluso adelantando acontecimientos sobre el terrorismo nuclear) y la captura del regulador⁸⁵ se confirmaron con el accidente de la central nuclear en *Three Mile Island* (Harrisburg) en 1979, quedando así desacreditado el organismo regulador. Todo ello provocó una reacción de la industria privada que, obviamente, había capturado a la Agencia reguladora y había conseguido todos los objetivos de regulación laxa para su propio interés. Pero con este accidente, y posteriormente con el de Chernobyl, fueron las propias empresas las que se dieron cuenta de que tenían que autorregularse de forma más estricta y establecer un control mutuo porque aprendieron que, al final, en este *laissez faire* regulador perdía la industria nuclear, hasta llegar a una moratoria nuclear o a la eliminación definitiva de la producción de esta energía.

REES ha explicado cómo las mismas empresas cambiaron radicalmente de actitud, del inicial «yo no soy guardián de mi hermano» al principio de «todo lo que haga mi hermano me va a afectar» (principio de rehenes mutuos). Porque todas las empresas nucleares eran rehenes unas de otras y cualquier accidente en una iba a hacer peligrar el mercado mundial nuclear. Ellos mismos establecieron un organismo regulador privado en 1980 (IMPO)⁸⁶, mucho más estricto que el desacreditado regulador público, e introdujeron el principio según el cual en el sector nuclear debía primar la seguridad a la productividad o a la competencia⁸⁷.

⁸³ A. BARCELÓ, *Instalaciones nucleares: autorización y conflicto*, Ariel, 2002. Vid. la próxima publicación de la tesis doctoral del Abogado del Estado y ex Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, Antonio MORALES, sobre *Derecho Nuclear global*, UAB, 2008.

⁸⁴ Lo mismo ocurrió con la IATA y la regulación global del transporte aéreo. Vid. J. FREEMAN, «Extending public law norms through privatization», *Harvard Law Review*, núm. 116, 2003.

⁸⁵ J. BRAITHWAITE y P. DRAHOS, *Global..., op. cit.*, pág. 301.

⁸⁶ *Institute of Nuclear Power Operations*. En 1989 se transformó en un regulador privado global denominado WANO (*World Association of Nuclear Operators*).

⁸⁷ Sobre este tema es sorprendente ver cómo la UE, con la pretensión de imitar el Derecho y la economía americanos, no ha observado el estrepitoso fracaso que supuso la experiencia de la desregulación de la electricidad en California en el 2000. En la OPA de Endesa, tanto la Administración española como la europea no han tenido en cuenta este principio de prevalencia de la seguridad sobre la competencia, como si se tratara de un sector como el de los automóviles o las lavadoras. Este complejo de inferioridad español y europeo que revelan las posiciones neoliberales y pro competencia sin distinciones tiene una respuesta en el Derecho norteamericano, tal y como me expresaba la *General Council* de la *Nuclear Regulatory Commission*, Karen Cyr, al señalarme que en el Derecho norteamericano está prohibida la compra de una empresa americana de energía eléctrica nuclear por otra

También en los años setenta se crearon administraciones y regulaciones que, como la OSHA (*Occupational Safety and Health Agency*), van a implantar una ingente regulación de prevención de riesgos laborales fruto de las reivindicaciones de los sindicatos. Se establece dentro de las empresas un departamento de prevención de estos riesgos y unos delegados de prevención, así como técnicos especialistas. Se les obliga a someterse a auditorías externas, sistemas de certificación y acreditación, etc., lo cual redonda en una mayor seguridad y calidad. No hace falta remarcar que se extrae el modelo administrativo diseñado por Landis y Frankfurter de prevención de riesgos financieros y auditorías externas, ahora, a los riesgos laborales y, posteriormente, a otros campos en la empresa (riesgos ambientales, prevención de riesgos de discriminación a los negros o a las mujeres, etc.)⁸⁸.

Este modelo de corresponsabilidad empresarial en el cumplimiento activo de la regulación ha inspirado a las legislaciones de los países europeos (como la nuestra de riesgos laborales) y es otro ejemplo de globalización-americанизación.

La *Corporate Responsibility* es ya un instrumento impuesto en otros campos (social, derechos humanos, etc.) por los movimientos sociales y que las empresas más dinámicas han sabido asimilar e incluso rentabilizar⁸⁹. Es ya un signo de identidad ineludible en las empresas más modernas y competitivas. Como ya hemos dicho, en la actualidad se obliga a tener un sistema denominado de autorregulación (que en realidad es regulado) a través de la creación de un delegado de prevención de riesgos laborales y de riesgos ambientales (*environmental officer*), como una institución internalizada de autocontrol y vigilancia preventiva, además de las funciones que desarrolla la Administración Pública inspectora⁹⁰. Estos delegados (*officers*) vienen a representar, en el recinto impenetrable —hasta ahora— de la empresa y del *laissez faire*, a un personal hasta cierto punto independiente del empresario y que vela por la seguridad y el interés públicos (ambiental, laboral, etc.)⁹¹.

Este nuevo sistema regulador, donde la defensa del interés público se localiza en un departamento y en unos *officers* dentro de la empresa, va a ser la característica más importante del nuevo Derecho administrativo, cada vez más

empresa extranjera. Y ello precisamente por la prevalencia del principio de la seguridad nuclear (ahora más por la amenaza terrorista) por encima de la competitividad.

⁸⁸ R. EPSTEIN, *How progressives rewrote the Constitution*, Cato Institute, 2006.

⁸⁹ D. VOGEL, *The market for virtue. The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*, Brookings, 2005.

⁹⁰ REVESZ, SANDS y STEWART, *Environmental Law the economy and sustainable development. The United States, the European Union and the International Community*, Cambridge University Press, 2001.

⁹¹ L. BREUNUNG y J. NOCKE, «Environmental Officers: A viable concept for Ecological Management?», en TEUBNER, FARMER y MURPHY, *Environmental Law and Ecological Responsibility. The Concept and Practice of Ecological Self-Organization*, Wiley and Sons, 1994. Vid. también los trabajos del especialista alemán E. REHBINDER, «La auditoría ambiental y la transparencia de las empresas», CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), LC/R. 1572, de 2 agosto 1995. Asimismo, ver los trabajos de autorregulación y gestión del riesgo de J. ESTEVE PARDO.

extendido a otros sectores⁹². La empresa ha de cumplir la regulación, pero, además, ha de experimentar e innovar con nuevas políticas en esos ámbitos (promover la igualdad de la mujer, ambientales, etc.). POWER denomina a esta figura, en auge, *chief risk officer*. Se trata de una «categoría ocupacional dentro del management, de la gestión pero también de la regulación del riesgo», fusionando dos profesiones que hasta ahora se ignoraban, el gestor y el regulador, dentro de la empresa⁹³.

Así pues, como ocurre con los delegados de prevención de riesgos financieros, laborales, o ambientales, «estos officers mantienen una tensión constante entre su papel público metarregulador y su función privada como agentes de la gestión de la empresa»⁹⁴. Sin ninguna duda, el modelo regulador de estos officers no son una huida del Derecho administrativo, sino todo lo contrario. Se trata de un caballo de Troya en el recinto empresarial encargado de hacer cumplir las regulaciones y de experimentar e innovar nuevas fórmulas de cumplimiento para responder a problemas específicos de interés público ambiental, laboral, financieros, etc. Obviamente, ante el problema del calentamiento del planeta, estos departamentos van a tener que realizar la evaluación y el control, además de la auditoría externa en su propia empresa, de la emisión p. ej. de dióxido de carbono, y experimentar con programas de innovación para reducir dicha contaminación.

En 1986 se publicó la «Ley de planificación de emergencias y el derecho de la comunidad a conocer» (EPCRA). Esta Ley obligaba a las empresas a informar a las Administraciones de la cantidad de sustancias químicas potencialmente peligrosas que han sido almacenadas o liberadas al ambiente, señalando su ubicación, tipos y cantidades. «Los requerimientos de divulgación han constituido uno de los éxitos más inequívocos de la legislación ambiental»⁹⁵.

Ésta es otra de las facetas positivas de la globalización-americanización. Y es que no son más que nuevos derechos sociales, de bienestar y de reconocimiento de la seguridad humana como seguridad integral⁹⁶. Los poderes públicos y las empresas tienen la obligación no sólo de preservarlos, sino la responsabilidad de experimentar e innovar para prevenir nuevos riesgos y peligros que se detectan.

Así pues, para comprender mejor el sistema jurídico global debemos mencionar la americanización jurídica interior, incluyendo otros aspectos de regulación intervencionista en sus empresas. Baste citar que en EE.UU. existe la *Foreign Corruption Act* de 1977, que persigue a las empresas norteamericanas

⁹² Sobre el cumplimiento por las empresas de las regulaciones sobre la OSHA y la EPA, vid. M. DEILY y W. GRAY, «Agency structure and firm culture: Osha, EPA and the steel industry», *Journal of Law, Economics and Organization*, núm. 23, 2007.

⁹³ M. POWER, «Organizational responses to risk: the rise of the chief officer», en HUTTER et al. (eds.), *Organizational encounters with Risk*, Cambridge, 2005.

⁹⁴ POWER, *op. cit.*

⁹⁵ C. SUNSTEIN, *Risk and Reason. Safety..., op. cit.*, pág. 258.

⁹⁶ Sobre el concepto desarrollado por Naciones Unidas, vid. P. FERNÁNDEZ, *Seguridad Humana*, Ariel, 2006.

que sobornen en el exterior⁹⁷. El conocimiento de esta Ley por los juristas del resto del mundo es clave para defender mejor a su país y a sus empresas. Cabe decir que las empresas norteamericanas han sido las más fervorosas partidarias de implantar un sistema mundial anticorrupción, puesto que se encontraban en desigualdad de condiciones a la hora de concurrir en las privatizaciones en otros Estados (como los de Iberoamérica). Ésta también es otra faceta de la globalización-americанизación. Es importante destacar la función reguladora y evaluadora global de la organización no gubernamental *Transparency International*.

De toda esta efervescencia ha surgido otro campo de regulación (en este caso de regular al regulador) a través de los «Códigos de buen comportamiento administrativo»⁹⁸.

Es por ello que, fruto de la presión de estos movimientos de incidencia global y de las Administraciones reguladoras especializadas, están siendo introducidos derechos y estándares de seguridad en los acuerdos y regulaciones internacionales (ambiental, alimentaria, anti-tabaco, protección de las minorías, las mujeres, los niños, etc.). Y ello a pesar de que, inicialmente, los gobiernos neoliberales y conservadores de Estados Unidos pensaban en una globalización del libre comercio sin más. La paradoja es que en EE.UU., durante la era de la *deregulation* económica⁹⁹, es cuando más se ha desarrollado una nueva re-regulación, en palabras de MAJONE, es decir, una *regulatory law*. Incluso en los temas de desregulación económica (telecomunicaciones, electricidad, gas, etc.) ha habido una compleja e imprescindible (para crear mercados sectoriales) re-regulación específica y una multiplicación de organismos reguladores *ad hoc* imprescindibles para hacer funcionar los nuevos mercados en un marco competitivo. A la vez, estos organismos (*Federal Energy Regulatory Commission*, p. ej.) han sido emulados en la mayoría de países, así como su regulación¹⁰⁰.

Es evidente que el estudio del Derecho y las instituciones norteamericanas no comporta que haya que ceñirse a un seguidismo. Por el contrario, dado el poder, el impacto y la influencia global que ha tenido y tendrá el Derecho norteamericano, es imprescindible —incluso para combatirlo o para competir con él— tener el máximo conocimiento de los entresijos de ese sistema jurídico y administrativo. Y, obviamente, podemos constatar que éste se basa en una am-

⁹⁷ J. NDUMBE ANYU, *The Foreign Corrupt Practices Act. A Catalyst for Global Corruption Reform*, Publishamerica, Baltimore, 2006. Vid. también la tesis doctoral de E. COCCIOLO, *Corrupción Pública y Mercado en la sociedad del riesgo. El sistema integral anticorrupción norteamericano y su virtualidad global*, UAB, 2006; S. R. ACKERMANN, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo Veintiuno, Madrid, 2001.

⁹⁸ Vid. J. PONCE, «Good administration and administrative procedures», *Ind. J. Global Legal Stud.*, núm. 12, 2005; del mismo autor, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, 2001.

⁹⁹ I. AYRES y J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford, 1992.

¹⁰⁰ G. ARIÑO et al., *Nuevo papel del Estado en sectores regulados*, Fundacions DMR-Deusto, 2005; J. ZEITLIN y G. HERRIGEL (eds.), *Americanization and its limits*, Oxford, 2000. Vid. también MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, I, Civitas, 1998.

plia *regulatory law*, en unas potentes Administraciones públicas reguladoras y en unos profesionales especializados¹⁰¹.

Es importante haber repasado algunas de las agencias federales administrativas porque no sólo tuvieron un impacto nacional, sino porque han proyectado el sistema administrativo y regulador global¹⁰². Por ejemplo, la Comisión del Comercio Interestatal y la Comisión del Comercio Federal (FTC) han inspirado lo que es hoy la Organización Mundial del Comercio. No puede entenderse todo su sistema de trabajo interestatal si no se saben los mecanismos de coordinación y armonización que han realizado, durante más de un siglo, Washington y los 50 Estados de los EE.UU.

No hace falta extenderse mucho para demostrar cómo el modelo de la Reserva Federal americana como agencia independiente del gobierno inspiró el modelo del *Bundesbank* y, posteriormente, del Banco Central Europeo como agencias reguladoras independientes en el campo monetario. Con esta trayectoria no es difícil predecir que acabará habiendo un Banco Central mundial.

Finalmente, si, como se ha dicho, el gran cambio en el Derecho administrativo americano en los años setenta vino con el activismo de la comunidad y de los grupos, este mismo fenómeno se está reproduciendo ahora y se está proyectando en el ámbito global. En palabras de SHAPIRO:

«el verdadero acceso de los grupos requiere no sólo que consigan hablar, sino también que las agencias tengan que escuchar y modificar sus decisiones a la luz de las demandas de los grupos. Es en este punto cuando empieza la verdadera y maravillosa historia del Derecho administrativo contemporáneo»¹⁰³.

5. LA ARMONIZACIÓN ENTRE WASHINGTON Y LOS ESTADOS

Otra cuestión nuclear del sistema federal norteamericano imprescindible para comprender la globalización-americанизación es el sistema de armonización jurídica entre los 50 Estados y Washington y el Derecho federal. La primera cuestión a analizar es que los 50 Estados norteamericanos disponen de la mayoría de las competencias legislativas. Así podemos comprobar la existencia de 50 leyes penales, 50 leyes societarias, 50 leyes de Internet, etc.

Ésta es una de las claves del dinamismo y la innovación política-jurídica e institucional de los EE.UU. Los 50 Estados, como dijo el juez de la Corte Suprema Brandeis, son verdaderos laboratorios de democracia, de experimentación y de innovación:

¹⁰¹ L. HEINZERLING y M. TUSHNET, *The regulatory and administrative state*, Oxford, 2006.

¹⁰² P. LIGHT, *Government's greatest achievements. From civil rights to Homeland Security*, Brookings, 2002.

¹⁰³ M. SHAPIRO, «On Predicting the future of Administrative Law», *Regulation*, vol. 6, 1982.

«Los estados y la nación deben tener la facultad de remodelar, a través de la experimentación, nuestras prácticas económicas e instituciones para satisfacer las cambiantes necesidades sociales y económicas. La negación del derecho a experimentar puede acarrear serias consecuencias para la nación. Una de las mayores ventajas del sistema de estado compuesto es que una sola comunidad valerosa, si sus ciudadanos lo deciden, puede servir como laboratorio y probar nuevos experimentos sociales y económicos sin riesgo para el resto del país»¹⁰⁴.

Obviamente, no caben ensayos de propuestas innovadoras a nivel general puesto que un error sería desastroso. Son los Estados y los poderes locales los únicos que pueden ejercer de locomotoras de experimentación e innovación, lo que les ha dado resultados muy beneficiosos y explica en buena parte su dinamismo económico, jurídico y social. El protagonismo de las Administraciones locales y regionales en esta mecánica de experimentación e innovación se está extendiendo al ámbito global¹⁰⁵.

Estudiar el sistema de armonización de los derechos de los 50 Estados servirá para comprender cómo se armonizará una parte del Derecho en la globalización¹⁰⁶. El ejemplo del Derecho societario de cada Estado es ilustrativo: casi el 50% de las empresas importantes norteamericanas se registran en el Estado de Delaware. A primera vista, puede parecer que se ubican allí por los impuestos, más bajos. Sin embargo, son más altos. Los estudios demuestran que las empresas van a Delaware porque es un Estado muy sensible a la creación de un Derecho regulador societario y mercantil de calidad adaptable al dinamismo económico. En efecto, sus leyes societarias son las más innovadoras de los 50 Estados norteamericanos. Además, la creación de tribunales mercantiles especializados contribuyó a resolver los conflictos societarios con mayor rapidez, especialización y solidez jurídica. De esta forma, las empresas actúan en los 49 Estados restantes primordialmente con el Derecho societario del Estado de origen (Delaware), en el sistema habitual federal de «reconocimiento mutuo de legislaciones» entre Estados. Este modelo no solamente se da entre los Estados de EE.UU., sino que también se ha reproducido en la UE y en el plano internacional.

Lo que también se demuestra en este sistema interestatal ahora global es que la competitividad de un país no depende únicamente de sus empresas, sino de la competitividad y calidad de sus Administraciones, de sus regulaciones y de su sistema judicial.

¹⁰⁴ Voto particular de Brandeis en la sentencia *New State Ice Co. v. Liebmann*, de 1932, considerado ya como un principio constitucional pluralista.

¹⁰⁵ A. SINGH, «Brandeis's happy incident revisited: U.S. cities as the new laboratories of international law», *George Washington International Law Review*, núm. 37, 2005. También, vid. M. DORF y C. SABEL, «A constitution of democratic experimentalism», *Columbia Law Review*, núm. 98, 1998.

¹⁰⁶ M. BALLBÉ y C. PADRÓS, *Estado competitivo..., op. cit.*

6. LA ARMONIZACIÓN: CENTRALIZADA O COMPETITIVA

La armonización de los diferentes derechos de los 50 Estados puede ser centralizada o competitiva, o una combinación de ambas, es decir, la cooperación y la competición entre Estados, lo que se denomina ahora la *coopetition*¹⁰⁷.

La armonización centralizada se produce cuando Washington pone orden dictando una ley federal uniformista al amparo de la cláusula de comercio o de otras competencias federales. El trasfondo es que muchas veces un Estado hace una *race to the bottom*, es decir, una carrera oportunista en laxitud fiscal, ambiental, etc. Esto ocurrió en los años setenta, en que mientras muchos Estados del Norte habían dictado leyes medioambientales o de seguridad y salud en el trabajo, otros, sobre todo del Sur, capturados por egoístas intereses económicos, no introducían estas legislaciones que se habían demostrado ya como muy positivas para preservar la seguridad ambiental o laboral¹⁰⁸. Ante esta situación, un Presidente conservador, Nixon, supo detectar la amplia demanda y conciencia ciudadana sobre tales temas, «preemcionó» y se apoderó de las atribuciones de los Estados en estos ámbitos. Alegaba para tal avocación que afectaba al comercio interestatal y dictó leyes federales centralizadas y uniformizadoras como las citadas sobre el ambiente. La jurisprudencia de la Corte Suprema corroboró esta dinámica centralizadora federal durante varias décadas, hasta la doctrina de la soberanía dual iniciada en los años noventa.

Hay que recordar que estas leyes federales centralizadoras no surgieron de la nada, sino que recogían la experimentación exitosa e innovadora de una legislación embrionaria y pionera en diferentes Estados (California, Minnesota, etc.) que habían hecho una *race to the top*, es decir, una regulación más estricta y de calidad.

Los Estados más rezagados comprendieron lo mismo que están aprendiendo ahora los de la UE y pronto aprenderán los demás Estados del mundo: hacer oportunismo regulador puede traer como consecuencia que un poder superior (global en este caso) les arrebate las competencias y se queden sin las atribuciones que antes utilizaban sin escrúpulos para su tráfico de influencias, quedando sus políticos desautorizados y deslegitimados.

La experiencia de los EE.UU. pone de manifiesto que los Estados reaccionaron. Se llegó a una autodisciplina y a un *self restraint* entre los gobiernos estatales, que sabían que si se extralimitaban en oportunismo y corrupción, un poder supraestatal federal les podría arrebatar las competencias. Treinta años después, muchas competencias todavía no han sido objeto de *devolution* a los Estados. Por tanto, los 50 Estados, después de cuarenta años de proceso centralista y federalizante, aprendieron que debían cooperar entre ellos y ra-

¹⁰⁷ D. GERADIN, «Regulatory co-opetition: transcending the regulatory competition debate», en J. JORDANA y D. LEVI-FAUR (eds.), *The Politics of regulation*, Edgar, 2004. Ya hace diez años explicábamos esta dinámica de cooperación y competición reguladora inescindible en M. BALLBÉ y C. PADRÓS, *Estado competitivo..., op. cit.*

¹⁰⁸ C. SUNSTEIN, *Risk and reason. Safety, law and the environment*, Cambridge, 2002.

cionalizar el caos legal y político que puede ocasionar un sistema pluralista de 50 regulaciones diferentes¹⁰⁹. Y ello combinándolo con el aspecto más positivo de éste, que es la capacidad de los Estados de experimentar e innovar y ser locomotoras de experimentación, política, jurídica o económica.

Para complementar este nuevo sistema se activaron organismos como la Asociación de Gobernadores o la NAAG (*National Association of Attorneys General*). Esta última reúne a los 50 fiscales generales de los Estados y se coordinan y evalúan las nuevas experimentaciones e innovaciones que hace cada Estado. Se trata de la armonización competitiva. Las iniciativas positivas son recogidas por los demás Estados y, en muchas ocasiones, se hacen «leyes o regulaciones modelo» que se reproducirán en todos ellos por el temor de que, si no, Washington pueda centralizarlas a través de una legislación federal única. Es, por tanto, una armonización muy dinámica que no frena en absoluto las nuevas experimentaciones e innovaciones puesto que deja las manos libres a los 50 Estados¹¹⁰. Por el contrario, en el sistema de armonización centralizada es muy difícil experimentar con nuevas políticas para 300 millones de habitantes que por probabilidad llevarán a un alto margen de error, en cuyo caso tendrían consecuencias nefastas, lo que produciría un anquilosamiento legal.

Este problema también lo sufre la Unión Europea al pretender regular centralizadamente. Ciertamente, el consenso de los 27 Estados hace que las negociaciones para aprobar una determinada regulación tarden años en culminar¹¹¹. Así, para cuando se aprueba la regulación, los problemas ya son otros¹¹². En cambio, el sistema de «reconocimiento mutuo de legislaciones» ofrece la posibilidad de que uno o varios Estados emprendedores dicten leyes innovadoras que posteriormente pueden ser contrastadas y copiadas por el resto de los Estados. Este sistema permite que varios Estados emprendedores se unan («cooperación reforzada») para experimentar una nueva política reguladora, en lo que se ha denominado una «primera velocidad».

El «reconocimiento mutuo de legislaciones» también ha servido para reducir la corrupción y el contubernio político y económico. Por ejemplo, en Italia existía una legislación con un diseño deliberado para producir una *liaison* entre banqueros y políticos. Era una legislación que sometía a muchas «ventanillas» políticas. Al introducirse el reconocimiento mutuo de legislaciones, un banquero italiano podría inscribir su Banco en Alemania y entrar en Italia con arreglo a la legislación y supervisión alemanas sin tener que pagar el «precio político». Esto provocó que los políticos italianos tuvieran que reelaborar las leyes bancarias que promovían la corrupción porque, de lo

¹⁰⁹ G. BERMAN *et al.* (eds.), *Transatlantic regulatory co-operation. Legal problems and political prospects*, Oxford, 2004.

¹¹⁰ T. MEYER, «Federalism and accountability: state attorneys general, regulatory litigation, and the new federalism», *California Law Review*, junio 2007.

¹¹¹ El COREPER, Comité de Representantes Permanentes, formado por los embajadores de los Estados miembros de la UE, tiene un papel destacado en esta cooperación entre los Estados y tiene muchas similitudes con la NAAG norteamericana.

¹¹² G. MAJONE, «The rise of statutory regulation in Europe», en MAJONE (ed.), *Regulating in Europe*, Routledge, 1996.

contrario, se producía una deslocalización de sus propios Bancos hacia otros Estados europeos —tipo Delaware— con más calidad reguladora y seguridad jurídica¹¹³.

7. LA SEGURIDAD Y LA POLICÍA EN LA GLOBALIZACIÓN: LA EUROPEIZACIÓN FRENTE A LA AMERICANIZACIÓN

El Derecho administrativo se ha olvidado tradicionalmente de un tema fundamental para nuestra disciplina como la seguridad y la policía. Las razones de la importancia de la Administración policial son muchas. Pero la más destacada es que, como se deduce del término norteamericano *law enforcement* para designar a la policía, esta Administración es la encargada de hacer cumplir las regulaciones especialmente en caso de incumplimiento.

Ciertamente, las Administraciones de policía y las regulaciones de seguridad no han sido tenidas en cuenta y, precisamente a la hora de hablar del Derecho administrativo global, es donde se evidencian los dos modelos diametralmente contrapuestos de Europa y Norteamérica.

Como hemos dicho, la tradición puritana individuocéntrica configuró en los EE.UU. un sistema antiadministrativo, antifuncionarial, anticentralista y antirregulador. Consecuentemente con ello, el derecho constitucional de los ciudadanos a llevar armas, así como la asunción de las funciones de policía por parte de éstos (a través del *posse comitatus*, comandado por el *sheriff*), configuraron un modelo de Estado que a veces seguimos sin comprender. Pensamos erróneamente que sus estructuras administrativas y reguladoras son similares a las nuestras en el campo de la seguridad. Estados Unidos extrae al resto del mundo su modelo interior de seguridad pero no reproduce el modelo actual (más administrativo y regulador), sino que recupera el viejo modelo del siglo XIX basado en los principios contenidos en lo que se puede denominar ley del Oeste. Ahora, en ese panorama internacional se vislumbra más un modelo de *sheriff* global: un recurso a las armas y a la guerra para solucionar problemas que son, en la mayoría de los casos, delincuenciales (terrorismo, guerra contra la droga en Colombia y ahora también en México)¹¹⁴, un recurso a la justicia del linchamiento como ha sido el rechazo a crear en Irak un Tribunal Penal Internacional *ad hoc* (como sí se ha hecho en Ruanda y para la antigua Yugoslavia), y la falta de policía norteamericana profesional en el exterior para intensificar la cooperación con las demás Administraciones poli-

¹¹³ Vid. el excelente artículo del Premio Nobel de Economía MODIGLIANI sobre este tema, reproducido en M. BALLBÉ y C. PADRÓS, *Estado competitivo..., op. cit.*, cap. «El derecho bancario europeo. Un modelo de competencia horizontal entre normas», págs. 228 y ss.

¹¹⁴ El proyecto Plan México consiste en que EE.UU. subvenciona con más de mil millones de dólares en material militar y entrenamiento del ejército mexicano para la lucha contra la droga. Se pretende «extender la guerra contra el narcotráfico a los países vecinos de Centroamérica», siguiendo el modelo del Plan Colombia. Se trata de un trabajo conjunto entre el ejército norteamericano y el mejicano, en lugar de ser una cooperación policial y de ayudar a cubrir el déficit de 200.000 policías de que adolece México.

ciales en el mundo. Estados Unidos recurre sistemáticamente a los militares y a los servicios de inteligencia, que no tienen ni la preparación ni la facilidad de interrelación con las policías del mundo, que son quienes tienen una incidencia real en el barrio o comunidad más recónditos del mundo. Los servicios de inteligencia de modelo americano quedan como una superestructura desconectada de los que verdaderamente tienen la información (los agentes de policía)¹¹⁵. Por ello, los actuales resultados ineficientes de ese modelo en el exterior pueden ya predecirse por los ineficientes resultados en la lucha contra la criminalidad en el interior, comparativamente con Europa. Estados Unidos exporta el recurso masivo a las armas, estrategias y terminología de guerra, violencia, profesión y técnicas militares, represión, y no el modelo europeo de prevención, regulación, policía, justicia e integración social.

Si Estados Unidos es una sociedad violenta, sobre todo es debido a que es una sociedad armada, y eso hace que se multipliquen y se agraven todo tipo de conflictos sociales. Hemos de tener en cuenta que un tercio de la población de los Estados Unidos dispone de armas (unos 90 millones de personas), lo que comporta unos trágicos efectos. Efectivamente, la mortalidad en EE.UU. provocada por los más de 200 millones de armas de fuego en circulación eleva las cifras a una media de 30.000 víctimas anuales (incluyendo homicidios, suicidios y accidentes)¹¹⁶.

Aunque el volumen de delincuencia no violenta en ambos continentes es similar, no lo es el de violencia criminal. La gran diferencia es que al disponer de armas sólo un 8% de la población europea (principalmente armas de caza), y no un 33% como en Norteamérica (sobre todo armas cortas), la mortalidad producto de la violencia armada diaria es muchísimo menor en Europa. Si comparamos las cifras de mortalidad de 300 millones de europeos¹¹⁷ frente a 300 millones de norteamericanos, comprobaremos cómo el número de víctimas por homicidio con arma de fuego es 17 veces superior en Estados Unidos (700 víctimas anuales en Europa frente a 12.000 en EE.UU.)¹¹⁸. Esta situación es debida a la concepción intervencionista y reguladora de este sector en Europa, respondiendo al principio de monopolio de violencia legítima por parte del Estado, frente al derecho constitucional a llevar armas norteamericano.

Ello demuestra que el factor «disponibilidad» de una arma es multiplicador de la cultura de la violencia, situación radicalmente diferente en Europa por tener una regulación restrictiva.

En los modelos contrapuestos de posesión de armas por el Estado o por los ciudadanos subyace la existencia de un Estado administrativo protector y orientado a la prevención del crimen o un Estado individuocéntrico liberal con poca policía pública, mal pagada y desprofesionalizada. Los datos compa-

¹¹⁵ Ese modelo de inteligencia proviene, como hemos dicho, de la falta de cuerpos de policía profesionales ya durante la Guerra Civil, en todo el territorio.

¹¹⁶ R. MARTÍNEZ, *Armas: ¿Libertad americana o prevención europea?*, Ariel, 2002.

¹¹⁷ Alemania, Francia, Italia, Gran Bretaña, España.

¹¹⁸ Hay que añadir que, según los estudios del equipo del Dr. KELLERMAN publicados en el *New England Journal of Medicine* de 1993, por cada muerto por arma de fuego resultan tres heridos, uno de los cuales queda paralítico, es decir, unos 10.000 al año.

rativos entre España y los EE.UU. sobre el número total de homicidios y asesinatos —ya sea con arma de fuego o no— son bien ilustrativos. España ha tenido en la década de los noventa un homicidio cada 100.000 habitantes al año, mientras que los EE.UU. tenían 10 homicidios cada 100.000 habitantes. Ello significa que si España siguiera el modelo norteamericano, en lugar de 400 muertos al año por criminalidad tendría 4.000.

La diferencia de tamaño de la Administración policial es otra de las claves de la diferencia entre el modelo europeo y el norteamericano. España dispone de 225.000 policías para 40 millones de habitantes, frente a los EE.UU., que disponía de 900.000 policías para 280 millones¹¹⁹. Eso significa que en España tenemos un policía por cada 200 habitantes y en los EE.UU. tienen uno por cada 325¹²⁰.

Lo mismo ocurre con la comparación entre los sistemas penitenciarios: España ha tenido 125 presos por 100.000 habitantes (en la actualidad hemos subido a 140) y, en cambio, los EE.UU. o Rusia tienen 700 presos por 100.000 habitantes.

La conclusión es evidente: todo lo que se ahorra en Administraciones Públicas y profesionales de la prevención se gasta en administración y profesionales de la represión del crimen. Es decir, por no disponer de esta Administración preventiva, además de tener diez veces más homicidios, tienen cinco veces más cárceles, jueces penales, funcionarios de prisiones, médicos forenses, laboratorios de criminalística... hasta cinco veces más verdugos, una profesión extinguida en Europa.

Europa se ahorra este inmenso presupuesto de represión porque invierte mucho más en prevención: educadores y asistentes sociales; más policía profesional preventiva, mejor pagada y con mayor reconocimiento social; más intervencionismo administrativo y más regulaciones de seguridad, entre otras. Europa tiene de 5 a 10 veces menos delitos violentos. Es importante destacar que un factor determinante de esta mayor o menor inseguridad es la mayor o menor administración y regulación del servicio público de sanidad y asistencia social. Recordemos que en los EE.UU., la primera potencia económica, hay 40 millones de personas que no pueden acceder a los servicios sanitarios por inexistencia de esta prestación pública, de la que, por el contrario, en España (y Europa) dispone cualquier persona que esté en el país, incluso ilegalmente. Si aplicáramos el modelo americano, en España más de 5 millones de personas estarían fuera de la cobertura de asistencia sanitaria y de salud pública. La relación entre políticas de seguridad humana y regulaciones sociales de prevención con la disminución de la violencia criminal está fuera de toda duda.

Todo ello redonda en un ambiente y una cultura de respeto al derecho a la

¹¹⁹ Estados Unidos tan sólo dispone de 100.000 policías federales, 100.000 policías estatales de los 50 Estados y 700.000 policías locales, que son los que, obviamente, llevan el 80% de todas las investigaciones criminales.

¹²⁰ Para hacerse una idea de lo que significaría trasplantar el modelo anoréxico de cuerpos de policía americano a España, nosotros deberíamos suprimir los 70.000 guardias civiles o, alternativamente, los 70.000 policías locales existentes en España.

vida y a la salud de los ciudadanos que la *environmental criminology* y la criminología situacional consideran determinantes para avanzar en una cultura de seguridad preventiva y derechos humanos¹²¹.

En definitiva, aunque de forma lenta, los mismos norteamericanos, precisamente a través de regulaciones estatales de restricción de armas, están orientándose hacia el modelo europeo de seguridad integral o seguridad humana. En la globalización, pues, en ese aspecto estructural, los europeos no somos conscientes de nuestro ejemplar modelo de seguridad, en donde las cifras comparativas son irrefutables. Así y todo, nos debatimos si, en la globalización de la seguridad, debe imponerse la americanización o la europeización¹²².

8. LA FATF Y EL BLANQUEO DE CAPITALES: UN EJEMPLO DE TRABAJO CONJUNTO ENTRE ADMINISTRACIONES ESTATALES EN LA GLOBALIZACIÓN

Un ejemplo de Derecho administrativo global, según WESSEL, es la *Financial Action Task Force* (FATF), que además pone de manifiesto la eficacia de la interacción entre Administraciones de seguridad y la creación de unos estándares de prevención del blanqueo de capitales. La iniciativa provenía de EE.UU. y fue creada por la OCDE en 1989. Cabe decir que precisamente una de las medidas a implantar fue la tipificación del delito de lavado de dinero. Es otro ejemplo de americanización (en este caso penal)¹²³ ya que en 1990 sólo seis Estados tenían específicamente este delito. La FATF tenía como finalidad que los países —no sólo los firmantes— adoptaran controles más estrictos sobre el blanqueo de capitales.

Se han establecido 40 recomendaciones en 1995, que son auténticos protocolos reguladores de prevención¹²⁴ y se interrelacionan con otras convenciones, como la de Viena (tráfico de drogas). La FATF en principio dispone de unos instrumentos para presionar, aunque también para sancionar¹²⁵. En la actualidad, su trabajo ha conseguido que este delito se integre ya en la mayoría de códigos penales. Pero lo más importante es la regulación para su tratamiento administrativo preventivo. Los Bancos deben *de facto* disponer de un departamento de prevención del blanqueo, con un *officer* que informe a la po-

¹²¹ M. BALLBÉ, «Seguridad humana: del estado anómico al estado regulador», Prólogo al libro de C. HOOD, *El Gobierno del Riesgo*, Ariel, 2006.

¹²² P. ANDREAS y E. NADELMAN, *Policing the globe. Criminalization and crime control in international relations*, Oxford, 2006.

¹²³ J. WESSEL, «The financial action task force: a study in balancing sovereignty with equality in global administrative law», *Widener L. Review*, núm. 13, 2006. Hemos de recordar que el delito de lavado de dinero tiene su caso de referencia en la detención de Al Capone por sus delitos fiscales. Este ejemplo de americanización también puede verse con el delito de *inside trading* (información privilegiada).

¹²⁴ Entre ellos, la responsabilización de la pasividad del abogado y la confidencialidad abogado/cliente.

¹²⁵ Turquía fue sancionada varios años porque no había creado el delito de blanqueo de capitales.

licía de cualquier transacción sospechosa. Se globaliza así este nuevo orden regulador basado en lo que se denomina una comunidad reguladora, donde diferentes actores tienen un papel regulador y de *law enforcement* a cumplir. Por ello, su eficacia está en la prevención, en una *regulatory law* preventiva, y no únicamente en la ley y la represión penal.

La FATF confecciona una lista de países no cooperantes (NCCT) y la hace pública, lo cual ha tenido un gran éxito para armonizar los estándares sobre esta materia en países miembros y no miembros¹²⁶. WESSEL destaca que el procedimiento para incluir a un país es administrativo y que se deben tener en cuenta los principios de transparencia, publicidad y audiencia al interesado.

Para incrementar la representación de la FATF se incluyeron países como Argentina, Brasil y México, y la organización reconoce que tiene que haber una igualdad en los procesos de deliberación y toma de decisiones.

Cabe decir que, después del 11S, la FATF se ocupa también del blanqueo de capitales relacionado con el terrorismo y que han sido invitados a participar todos los Estados (no sólo de la OCDE) y se han publicado nueve recomendaciones sobre financiación del terrorismo¹²⁷.

Este modelo de lucha contra la criminalidad global, a través de una cooperación estrecha y prácticamente de trabajo conjunto entre diferentes Estados, sus Administraciones y Bancos, no es el que EE.UU. está desarrollando entre los sistemas policiales y en materia de criminalidad y terrorismo. Si ya hemos puesto en evidencia cómo en el interior de los EE.UU. el número de policías es un tercio menor que el existente en España, esto se ve más agravado en el número de policías norteamericanos que trabajan en el exterior para materializar una cooperación con el resto de policías del mundo. NADELMANN demostró unos años antes del 11S el ínfimo número de policías norteamericanos colaborando en el exterior en comparación con los militares y los servicios de inteligencia¹²⁸.

9. OTROS EJEMPLOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Como señalan el profesor de Derecho administrativo de Nueva York, STEWART, y otros, un «tipo de administración global es la *administración híbrida privada-intergubernamental*. Los órganos que combinan a actores privados y gubernamentales adoptan formas muy diversas y cada vez cobran mayor importancia. Un ejemplo es la Comisión del Codex Alimentarius, que adopta estándares de seguridad alimentaria a través de un proceso de decisión que hoy en día incluye una amplia participación tanto de actores no-gubernamentales como de representantes gubernamentales, y que produce estándares que ad-

¹²⁶ En 2006 sólo había un país en la lista, pero llegaron a estar Israel y Rusia.

¹²⁷ Al establecer procedimientos administrativos de cooperación voluntaria y coparticipación, su cumplimiento ha tenido un gran éxito y ha recibido cuestionarios de 130 jurisdicciones.

¹²⁸ E. NADELMANN, *Cops across borders. The internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*, Pennsylvania State University Press, 1993.

quieren un efecto cuasi-obligatorio a través del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) de la OMC»¹²⁹.

Asimismo, destacan que «otro ejemplo es el órgano regulador de las direcciones en Internet, *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), el cual fue establecido como un órgano no-gubernamental, pero que luego comenzó a incluir representantes gubernamentales que adquirieron poderes considerables, frecuentemente a través de su participación en el Comité Asesor Gubernamental del ICANN, a partir de las reformas de 2002. Es difícil poder determinar cómo el Derecho administrativo debe ser configurado o tornarse operativo en relación a dichos órganos. La participación de actores estatales, sujetos a las restricciones del Derecho público nacional e internacional, en tanto que los actores privados no lo están y que incluso pueden tener deberes contradictorios como confidencialidad comercial, resulta en una amenaza de controles muy irregulares y potencialmente perjudiciales. Sin embargo, el desafío es importante y lo suficientemente notable como para que demos tratamiento a estos órganos híbridos como una categoría separada»¹³⁰.

Por otro lado, «muchas de las funciones regulatorias son llevadas a cabo por órganos privados. Por ejemplo, la Organización Internacional para la Estandarización (ISO, por sus siglas en inglés) ha adoptado más de 13.000 estándares que armonizan reglas de producción y procesamiento a nivel mundial¹³¹. (...) En el Derecho nacional, dichos órganos privados son típicamente tratados como clubes más que como administradores, a no ser que ejerzan poder público por delegación explícita. Pero en la esfera global, debido a la falta de instituciones públicas internacionales, éstos a menudo tienen mayor poder e importancia. Sus actos no son muy distintos en especie a muchas normas públicas intergubernamentales de carácter no vinculante, y frecuentemente pueden llegar a ser más efectivas. Sugerimos —aunque con cierta cautela— que los márgenes del campo de la Administración global sean extendidos a las actividades de algunos de estos órganos no gubernamentales. El caso de la ISO es un buen ejemplo: sus decisiones no sólo tienen impactos económicos considerables, sino que también son usadas en decisiones regulatorias por autoridades creadas en virtud de un tratado, como la OMC. Un ejemplo de un órgano regulatorio privado que está menos conectado con la acción estatal o inter-estatal es la Agencia Mundial Anti-Doping, una organización conectada con el Comité Olímpico Internacional, que aplica cuidadosamente estándares del debido proceso al tratar los casos de atletas que se sospecha han utilizado sustancias prohibidas, y que culmina en el sistema de apelación de la Corte In-

¹²⁹ B. KINGSBURY, R. STEWART y N. KRISCH, «The emergence of global administrative law», *Law and Contemporary Problems*, 2005.

¹³⁰ B. KINGSBURY, R. STEWART y N. KRISCH, «The emergence...», *op. cit.*

¹³¹ «En una menor escala, algunas ONGs han llegado a desarrollar estándares y mecanismos de certificación para productos que se comercian internacionalmente, como por ejemplo café comercializado equitativamente y madera para la construcción cosechada de forma sostenible. Algunas empresas han establecido normas y marcos regulatorios en varias industrias, que abarcan desde el sistema de notas de crédito de la Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interestatales Mundiales (SWIFT, siglas en inglés) a los estándares para la producción de aparatos deportivos de la Asociación de Trabajo Equitativo».

ternacional de Arbitraje para el Deporte, órgano de carácter privado. Las propuestas de extender los enfoques del Derecho administrativo a dichos órganos se topan con importantes problemas de índole normativo y práctico, a pesar de que estos problemas sean específicos de cada contexto en lugar de ser uniformes. Creemos que es deseable estudiar dichos órganos como parte de la administración global y localizar tanto similitudes como diferencias en los mecanismos de *accountability* desarrollados para los órganos públicos y privados»¹³².

Esta perspectiva de un Derecho administrativo más amplio que la que ofrece la visión formalista y estrecha tradicional nos la recuerda reiteradamente el que ha sido magistrado de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y actual miembro del Tribunal Constitucional, DELGADO BARRIO, al destacar el principio general del Derecho expresado en nuestra anterior Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956:

«... reconducir simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circumscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones».

Entre las Administraciones globales tiene un papel destacado también la Organización Mundial de la Salud, organismo de las Naciones Unidas especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en la salud en el ámbito mundial.

Precisamente una de las realidades de la globalización es la fácil transmisión de enfermedades traspasando cualquier barrera fronteriza (desde el SIDA hasta la gripe aviar), lo que ha obligado a intensificar la cooperación entre los Estados y a dar cada vez mayor autoridad supranacional y global a la OMS.

La OMS «opera como una agencia administrativa reguladora supranacional con poderes delegados por los estados»¹³³. Utiliza métodos de *soft law*, de supervisión y de trabajo en cooperación multinivel con las Administraciones estatales, regionales y locales, audiencias públicas, negociaciones con el sector privado y las ONGs, etc. Su respuesta coordinada y rápida la legitima más que los procedimientos administrativos formalistas burocráticos y lentos a los que estamos acostumbrados en nuestro Derecho. No necesita tener una estructura administrativa desarrollada para demostrar un inmenso poder global ante crisis epidemiológicas. Efectivamente, los Estados recurren a la OMS para que dirija las estrategias de respuesta al problema de salud pública.

La OMS es el vehículo para expandir globalmente regulaciones como las

¹³² B. KINGSBURY, R. STEWART y N. KRISCH, «The emergence...», *op. cit.* Para el tema de Internet en España, ver R. MOLES, *Derecho y control en internet*, Ariel, 2004. En cuanto a las normas técnicas, del mismo autor, *Derecho y Calidad*, Ariel, 2003. Por otro lado, BERMEJO VERA ha sido el que nos ha aportado desde el Derecho administrativo la perspectiva de la regulación del deporte.

¹³³ D. ESTY, «Good governance...», *op. cit.*

anti-tabaco (publicidad, comercio, etc.) que han sido desarrolladas por los movimientos de la comunidad y adoptadas luego por las regulaciones estatales¹³⁴.

Por ello, podemos decir que las regulaciones menos formalistas pero más efectivas son las nuevas formas de regulación que responden ya al modelo de las agencias administrativas americanas. La OMS establece recomendaciones, directrices epidemiológicas, alertas de seguridad, asesoramiento científico, evaluaciones de riesgo, tests de laboratorio, etc. En esta agencia administrativa se vislumbra una de las características del sistema regulador actual, que es el protagonismo decisivo de las Comisiones científicas *ad hoc* formadas dentro de cada Administración, lo que ha denominado JASANOFF la «Quinta Rama del Poder»¹³⁵.

Cabe decir que Naciones Unidas, a la que se cuestiona su eficacia política, gracias a la creación de agencias administrativas especializadas, establecimiento de regulaciones muchas veces informales y voluntarias (desde la OMS hasta el IPCC), ha sido la institución que más ha contribuido al desarrollo de los derechos a la seguridad humana y prevención de riesgos, precisamente a través de la potenciación de una globalización jurídica y administrativa.

9.1. *El Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC) de Naciones Unidas, un ejemplo de globalización del Derecho administrativo ambiental*

El Protocolo de Kioto, fruto de un programa de Naciones Unidas, es la prueba más evidente del impacto en todos los Estados¹³⁶ de una regulación mundial y de las nuevas formas de Derecho administrativo global¹³⁷, sin apenas una sólida organización administrativa ni un *corpus jurídico* formal.

Ya en los años ochenta, el director ejecutivo del Programa Ambiental de Naciones Unidas (UNEP) alertó sobre el problema de la capa de ozono y se evidenció la efectividad reguladora informal con la prohibición de los cloro-fluorocarbonatos (CFC).

Este organismo (UNEP) actualmente ha perdido protagonismo, pero de él ha surgido otro de mayor relevancia global como es el *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), en 1988. La implementación de la Convención sobre el Cambio Climático de Naciones Unidas se concretó en el Protocolo de Kioto. La autoridad de este Panel Intergubernamental deriva de su *expertise* científica y de la publicación de sus informes y de la evaluación de las emisiones de los diferentes países. Ello pone de manifiesto la efectividad de las nue-

¹³⁴ R. RABIN y S. SUGARMAN (eds.), *Regulating tobacco*, Oxford, 2001. Ver, también, M. DERTHICK, *Up in Smoke. From legislation to litigation in tobacco politics*, CoPress, 2002.

¹³⁵ S. JASANOFF, *The Fifth Branch. Science advisers as policymakers*, Harvard, 1994.

¹³⁶ B. LOZANO, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, 2007.

¹³⁷ C. SUNSTEIN, «Of Montreal and Kyoto: a tale of two protocols», *Harvard Environmental Law Review*, núm. 31, 2007.

vas formas de regulación, que ya hemos denominado «regulación a través de la evaluación y la auditoría».

Es importante referirnos a Kioto porque es una prueba de Derecho administrativo global incluso con consecuencias reguladoras para Estados que se han negado a firmar dicho Protocolo, como EE.UU.¹³⁸. Ciertamente, aunque este país no lo haya suscrito, esta regulación tiene una influencia en su Derecho interno y en el comportamiento de las Administraciones Públicas y de sus tribunales, como veremos a continuación, ya que se impregnán del principio preventivo y regulador global contenido en Kioto y en la autoridad del organismo intergubernamental.

En junio de 2005, el Gobernador de California, Schwarzenegger, se comprometió a reducir en quince años las emisiones de gas de efecto invernadero con el objetivo de intentar volver a los niveles que había en 1990. En 2006 se dictó una estricta legislación estatal para recortar drásticamente (un 25%) los niveles de emisión de tales gases. Esta política más agresiva y preventiva ponía en evidencia medidas federales que tan sólo preveían la implicación voluntaria de las empresas en la reducción de la contaminación.

En este sentido, siete Estados de los EE.UU. firmaron un memorándum para reducir las emisiones de las plantas industriales de energía. También lo firmaron alcaldes de 350 ciudades que representaban a 55 millones de norteamericanos comprometidos a desarrollar políticas a nivel de ciudad para cumplir el Protocolo de Kioto.

Posteriormente, 12 Estados, liderados por Massachusetts y California, y organizaciones no gubernamentales exigieron a la Agencia de Protección Ambiental federal (EPA) que no abdicara de sus responsabilidades y que tomara medidas, al amparo de la Ley del Aire Limpio de 1970, para regular las emisiones de cuatro gases de efecto invernadero, incluido el dióxido de carbono.

Con ello, ante la inactividad de la Administración Bush y la negativa a interpretar que la ley le obligaba a tomar medidas de prevención en este campo, estos Estados recurrieron a la Corte Suprema, que dictó la trascendental sentencia *Massachusetts vs. EPA*, en abril de 2007¹³⁹. El Alto Tribunal señaló, incluso refiriéndose a Kioto, que la Administración Bush y, concretamente, la EPA debían cumplir la Ley del Aire Limpio y tienen la obligación de tomar medidas de protección para prevenir los daños (incluso aunque éstos fueran inevitables)¹⁴⁰. El Tribunal calificó de «arbitraria y

¹³⁸ Hay que decir que Kioto no existiría sin un previo trabajo de los movimientos ecológistas norteamericanos y de las regulaciones estatales y federales de los años setenta, que enseñaron al resto del mundo los riesgos y el nuevo Derecho ambiental, que crearon y del que fueron pioneros.

¹³⁹ 127 S.Ct. 1438 (2007). A. MORRIS, «Litigating to regulate: Massachusetts v. Environmental Protection Agency», *Cato Supreme Court Review*, núm. 193, 2007; J. SMITH, «Massachusetts v. EPA: a change of climate at EPA clouds the D.C. Circuit's review of risk-based policy decisions», *Ecology L.Q.*, núm. 33, 2006; E. POSNER y C. SUNSTEIN, «Climate Change Justice», *Joint Center for Regulatory Studies*, agosto 2007; C. SUNSTEIN, «Of Montreal and Kyoto: a tale of two protocols», *Harvard Envil. L. Review*, núm. 31, 2007.

¹⁴⁰ C. SUNSTEIN, «On the divergent American reactions to terrorism and climate change», *Columbia Law Review*, núm. 107, 2007.

caprichosa» la negativa de la Administración a considerar si establece o no controles sobre emisiones.

El efecto de la globalización jurídica condiciona también a la Administración norteamericana, que pretendía practicar un unilateralismo en el campo ambiental.

9.2. *El «efecto California»: la influencia multinivel entre el Derecho administrativo estatal, federal y global*

California ha sido un Estado pionero en regular las emisiones de los automóviles, estableciendo límites más estrictos que los impuestos por la Administración federal. Como hemos dicho, desde 1970 se produjo una centralización de las competencias medioambientales, creándose la Agencia de Protección Ambiental (EPA) federal y sustrayendo tales atribuciones a los Estados. Sin embargo, la Ley federal del Aire Limpio de 1970 permitía a California experimentar e innovar con estándares más estrictos para conseguir una atmósfera menos contaminada debido al problema específico que tiene con el llamado *smog* (niebla que cubre la costa y que encierra la contaminación atmosférica). Ello ha dado lugar a que hubiera una regulación dual en esta materia (la federal y la de California).

Para responder a la demanda de otros Estados de regulación propia e impedir que se construyeran 50 diferentes vehículos de acuerdo con los 50 estándares de los 50 Estados, el Derecho federal permite a los demás Estados acogerse a la regulación federal o a la regulación más estricta del Estado de California. Vermont y otros nueve Estados han seguido a California. De manera que, como se ha dicho, en los EE.UU. hay dos tipos de coches: «los coches federales» y «los coches de California», menos contaminantes.

La industria automovilística y los vendedores de coches presentaron una demanda contra el Estado de Vermont alegando que los Estados no tienen competencia para establecer sus propios estándares en esta materia y que tan sólo el poder federal la tiene, especialmente a través de una reciente Ley de 2005 más centralizadora (*U.S. Energy Policy and Conservation Act*). Cabe decir que los estándares de California prevén disminuir las emisiones de carbono a la atmósfera al exigir una tecnología de combustión que ya se sabe que reduce el consumo de gasolina y, por tanto, las emisiones de CO₂.

En septiembre de 2007, el juez federal ha rechazado el recurso de la industria del automóvil confirmando el «modelo dual» y acogiéndose a la reciente y citada jurisprudencia de la Corte Suprema (*Massachusetts vs. EPA*), según la cual las Administraciones tienen obligaciones para reducir las emisiones que provocan calentamiento global¹⁴¹.

Este caso es un ejemplo más del modelo dual de competencia entre los Es-

¹⁴¹ Sobre la constitucionalidad o no de estos acuerdos entre Estados, vid. K. MAXWELL, «Multi-state environmental agreements: constitutional violations or legitimate state coordination?», *Penn State Environmental Law Review*, 2007.

tados y Washington que ya existe desde hace años, consustancial a su sistema federal. California, en uso de sus competencias, ha impuesto estándares y regulaciones en otras materias y productos (alimentarios, químicos, etc.). Ello ha provocado lo que VOGEL ha denominado el «efecto California»¹⁴²: un Estado y una economía pujantes, con una regulación más estricta, condicionan a todos los empresarios del resto del mundo. Efectivamente, tienen que decidir si fabrican su producto con arreglo a los más laxos estándares permitidos en los 49 Estados restantes o, de lo contrario, para acceder al mercado de California, fabrican un producto con los estándares más estrictos de calidad y seguridad. Ello responde al modelo norteamericano dual¹⁴³, en que los Estados son laboratorios de democracia, experimentación e innovación. No se puede experimentar con el riesgo que produzca efectos negativos o un daño masivo, por lo que el modelo ha permitido, y es ya principio constitucional, que unos Estados emprendedores experimenten con regulaciones innovadoras que, si tienen un resultado beneficioso, los demás copiarán o, si no, se dictará una regulación centralizada federal que se impondrá a los demás Estados. Así ocurrió con las leyes federales ambientales de 1970, que se impusieron a todo el país ante la actitud pasiva y de contubernio con la industria contaminante de algunos Estados del Sur. Estas leyes federales fueron la copia de leyes de California y otros Estados más emprendedores y ecologistas que ya las habían aplicado y se habían dado cuenta de sus resultados positivos (agua y aire limpios, disminución de carcinógenos, etc.).

Ante el problema del cambio climático, vuelve a reconocerse que las nuevas soluciones sólo se hallarán implicando a los poderes locales y estatales y a las mismas empresas, puesto que deben experimentar con nuevas fórmulas, tecnologías, políticas y regulaciones para reducir la contaminación¹⁴⁴. Este modelo también se va a producir en la globalización, ya que si se aprobara una legislación rígida centralizada no cabría innovar a través de experimentos parciales. Siempre habrá esta válvula de escape para que en el ámbito estatal, regional o local se pueda experimentar con regulaciones más innovadoras y así, posteriormente, tener una implantación global.

En definitiva, EE.UU., que fue el artífice de Kioto con las regulaciones del aire limpio de los años setenta (aunque no suscribiera el acuerdo), ahora vuelve a proyectar desde los Estados un modelo activista, innovador y regulador de globalización ambiental.

¹⁴² D. VOGEL, *Trading Up: Consumer and Environmental Regulation in a Global Economy*, 1995. Vid. también, del mismo autor con R. KAGAN, «National regulations in a global economy», en VOGEL (ed.), *Dynamics of regulatory change: how globalization affects national regulatory policies*, University of California Press, 2007.

¹⁴³ Sobre esta temática, ver M. BALLBÉ y C. PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, 1997; especialmente el cap. 7, «El dual banking system en EE.UU.: evolución de un modelo de competencia entre legislaciones», ámbito en el que ha funcionado hasta recientemente esta dualidad reguladora bancaria.

¹⁴⁴ R. MCKINSTRY, «Laboratories for local solutions problems: state, local and private leadership in developing strategies to mitigate the causes and effects of climate change», *Penn State Environmental Law Review*, invierno 2004.

9.3. *El efecto Unión Europea*

El libro de Rachel CARSON *Primavera Silenciosa*, de 1962, tuvo un gran impacto y fue un clásico del pensamiento ambientalista y de la necesidad de regular a la industria. Señaló ya la relación entre la tecnología, la naturaleza y el riesgo y se considera una de las obras más influyentes en la regulación ambiental que una década después se promulgará en los EE.UU. y, más tarde, en Europa¹⁴⁵.

Naciones Unidas, la Administración reguladora más importante del mundo, ha trabajado durante los últimos veinticinco años para alcanzar acuerdos que minimicen y eliminen los riesgos de la contaminación química, sobre todo sustancias persistentes, tóxicas y bioacumulativas. El Convenio de Estocolmo es el instrumento internacional que regula el tratamiento de las sustancias tóxicas, auspiciado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Este Convenio ha sido el resultado de una larga negociación sobre la eliminación de los contaminantes orgánicos persistentes (COPs). El Convenio determina una docena de compuestos sobre los que es preciso emprender acciones de forma prioritaria, la conocida como «docena sucia», que incluye productos químicos producidos de forma intencionada como pesticidas, PCBs, dioxinas y furanos. El Convenio de Estocolmo ha sido firmado por 151 países.

En la actualidad la UE está siendo más avanzada que los EE.UU. en estos temas. Ha investigado y regulado a través de REACH (*Registration, Evaluation, and Authorization of Chemicals Products*), por lo que se ha dicho que «se está produciendo una europeización de EE.UU. y del mundo» en este aspecto. Como ocurrió en los EE.UU., esta regulación europea ha venido originada por el activismo de la comunidad.

En 1999, Greenpeace estableció los principios básicos que eventualmente formaron parte de REACH. En su informe «El camino para salir de la crisis química», argumentaba que las empresas no deberían poder comercializar una sustancia química sin ofrecer antes información respecto a su seguridad (el principio de «sin datos no hay mercado») y que las sustancias químicas más peligrosas deberían sistemáticamente ser sustituidas por alternativas lo más seguras disponibles. Para que REACH fuera efectivo en la protección de las personas y del medio ambiente, la legislación debía ser capaz de promover soluciones innovadoras que llevaran a la eliminación progresiva de las sustancias químicas más peligrosas, sustituyéndolas por mejores alternativas. Se trata del llamado «principio de sustitución».

En 2001, la Comisión Europea publicó su propuesta («Libro blanco») so-

¹⁴⁵ «Por primera vez en la historia del mundo, todo ser humano se halla ahora sometido al contacto con sustancias químicas peligrosas desde que es concebido hasta que muere. Desde que hace dos décadas empezaron a utilizarse los pesticidas sintéticos (...) estas sustancias químicas se encuentran ahora almacenadas en los cuerpos de la gran mayoría de los seres humanos». R. CARSON, *Silent spring*, H. Mifflin, 1962, pág. 10. Gracias al impacto que tuvo su estudio, el DDT fue prohibido en los EE.UU. en 1962.

bre una política de químicos para Europa. La propuesta fue atacada por el lobby anti-REACH, organizado principalmente por las grandes empresas químicas alemanas y americanas, y por el gobierno de EE.UU., pero finalmente ha sido aprobada y ha entrado en vigor la regulación (aunque con recortes) sobre REACH en 2007¹⁴⁶.

Precisamente EE.UU. se ha opuesto a esta regulación y llevará el tema a la OMC porque considera que es contraria al libre comercio, al igual que ocurrirá con el Convenio de Estocolmo, sobre contaminantes orgánicos persistentes¹⁴⁷. Pero la OMC «está deviniendo el mejor foro para la resolución efectiva de las disputas medioambientales» y esta futura disputa sobre REACH servirá como precedente en el conflicto entre el principio de precaución y la prevención de riesgos. Por supuesto, el solo hecho de regir REACH en Europa y la futura litigación en la OMC producen ya «el efecto Unión Europea», porque los demás Estados saben que tarde o temprano deberán someterse a tales requisitos, aunque sólo sea por reputación y porque, como ya se está viendo, China y otros países están provocando auténticas catástrofes para la salud, atentando al derecho a la vida¹⁴⁸.

10. LAS DOS CARAS DE LA GLOBALIZACIÓN COMO AMERICANIZACIÓN

10.1. *El «imperio de la ley» administrativa (rule of —administrative— law)¹⁴⁹ y el modelo ejemplar de la Organización Mundial del Comercio como globalización-americанизación*

El éxito de la configuración de la Organización Mundial del Comercio (1995) en sus más de diez años de existencia ha sido debido, en gran parte, a desechar el modelo puramente económico y politizado que había existido en el GATT y, por el contrario, implantar un sistema jurídico de negociación, de procedimiento administrativo y judicial. Es decir, el establecimiento de una integración económica mundial a través del Derecho (*integration through law*).

¹⁴⁶ Reglamento EC núm. 1907/2006 y Directiva 2006/121/EC. Esta regulación preveía la creación de una Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos (ECHA). La Agencia, con sede en Helsinki (Finlandia), gestionaría los procesos de registro, evaluación, autorización y restricción de sustancias y preparados químicos con el fin de garantizar su coherencia en el territorio de la Unión Europea. Estos procedimientos REACH tienen por finalidad obtener información adicional sobre las sustancias y los preparados químicos para permitir su empleo seguro.

¹⁴⁷ S. HARRELL, «Beyond REACH an analysis of the European Union's chemical regulation program under world trade organization agreements», *Wis. Int. L. J.*, núm. 24, 2006. También, ver D. BATCHELDER, «An analysis of potential conflicts between the Stockholm Convention and its parties' WTO obligations», *Mich. J. Int. L.*, núm. 28, 2006.

¹⁴⁸ Recordemos el caso reciente de la sustancia que, importada de China, se introdujo en la composición de un jarabe para la tos, certificado sin análisis en una empresa de Barcelona, y que produjo más de 70 muertes en Panamá.

¹⁴⁹ D. DYSENHAUS, «The rule of (administrative) law in international law», *Law and Contemporary Problems*, 2005.

Son, en definitiva, los primeros pasos de la instauración de un sistema global bajo el principio genuino federal de *checks and balances* y del *rule of law* (imperio de la ley o sometimiento de los Estados y sus Administraciones a un Derecho mundial como el de la OMC). En este contexto, el Derecho y los juristas van a tener un protagonismo decisivo en el equilibrio mundial de poderes y en el proceso de integración *through law global*¹⁵⁰. La OMC tiene casi una «jurisdicción universal» en temas comerciales¹⁵¹ sobre sus 151 Estados miembros¹⁵².

No hace falta extenderse en las consecuencias que está teniendo el hecho de que EE.UU. se someta por primera vez a los acuerdos de una institución global y a las resoluciones de lo que es ya un Tribunal constitucional y administrativo económico global como es el *Appellate Body*¹⁵³. En él se dirimen conflictos derivados de leyes y regulaciones del comercio dictadas por diferentes Estados y que incumplen normativas de la OMC. Ello está comportando, como en otros organismos internacionales, una mecánica de Derecho constitucional y administrativo, segregando una especie de *common law* en que van surgiendo principios y valores de ámbito jurídico global¹⁵⁴.

PAUWELYN analiza las influencias americanas en este organismo decisivo en la economía global, como es «la juridificación basada en un sistema de reglas de derecho y la supresión de un sistema unilateralista con derecho a veto que tenían los estados con el GATT. (...) Bajo la sombra del derecho y no bajo la sombra del voto, los estados más débiles han encontrado más confianza para resistir a las presiones diplomáticas [de las grandes potencias] y a acuerdos no deseados. Con la juridicalización creada a través del *appellate body* se han incrementado las reclamaciones y el tribunal resuelve sobre cuestiones administrativas procedimentales»¹⁵⁵.

Así pues, si aceptamos que el principio constitucional por excelencia, sobre todo en la tradición federal, es el principio de *checks and balances*, de control y de equilibrio de poderes, plasmado en diferentes formas (separación de poderes vertical y horizontal, control constitucional de las leyes, veto del Presidente al Congreso, limitaciones de mandato al Presidente, control judicial de

¹⁵⁰ Una de las experiencias de esta integración a través del Derecho que supone la OMC ha sido influenciada por dos sistemas como son el de la Comunidad Europea y el de Washington y los 50 Estados de los EE.UU. En este sentido, ver M. BALLBÉ, «Reviewed: Capelletti, et al., *Integration through law. Europe and the American Federal Experience*», *Harvard International Law Journal*, vol. 28, 1987.

¹⁵¹ E. KINNEY, «The emerging field of international administrative law: its content and potential», *Administrative Law Review*, 2002.

¹⁵² J. JACKSON, *Sovereignty, the WTO, and changing fundamentals of international law*, Cambridge, 2006.

¹⁵³ T. COTTIER y P. MAVROIDIS (eds.), *The role of the judge in International trade regulation. Experience and lessons for the WTO*, Michigan, 2003.

¹⁵⁴ McGINNIS y MOVSÉSIAN, «The world trade Constitution», *Harvard Law Review*, 2000. También, GERHART, «The two constitutional vision of the world trade organization», *University of Pennsylvania Journal International Economic Law*, 2003; M. BALLBÉ y R. MARTÍNEZ, *Soberanía dual y constitución integradora. La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, Ariel, 2003.

¹⁵⁵ J. PAUWELYN, «The limits of litigation: americanization and negotiation in the settlement of WTO disputes», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, núm. 19, 2003.

los actos y reglamentos de la Administración, etc.), es evidente que hay ya claros elementos constitucionales y administrativos en los Tratados de la OMC y en sus procedimientos administrativos, en los mecanismos de control judicial y anulación de decisiones legales y administrativas de los Estados por ser contrarias a las regulaciones de la OMC¹⁵⁶.

Por tanto, el *judicial review* que realiza el *Appellate Body* —según WEILER, «un tribunal en todo menos en su nombre»— lo convierte de hecho ya en un Tribunal constitucional mundial porque anula en la práctica o inaplica leyes dictadas por los Estados que vulneran el Derecho del comercio mundial contenido en los Tratados de la OMC¹⁵⁷.

Por otro lado, es también un Tribunal administrativo mundial porque las resoluciones que dicta versan sobre regulaciones o actuaciones administrativas de los Estados que infringen el Derecho de la OMC¹⁵⁸. En este sentido, uno de los casos más paradigmáticos es el de *Shrimp products* (camarones), según el cual el Órgano de Apelaciones observó que los Estados Unidos no habían proporcionado, a ninguno de los Estados cuyas exportaciones de camarones a los Estados Unidos habían sido prohibidas por regulaciones administrativas internas, las garantías básicas establecidas en su procedimiento administrativo. Ciertamente, niega «la oportunidad formal de ser oído, o alegar contra los cargos que se le imputan»¹⁵⁹.

Esta decisión da a los principios del procedimiento administrativo de los Estados una proyección global porque terceros Estados tienen derecho a un mínimo de garantías procedimentales cuando tratan con las Administraciones de otros Estados¹⁶⁰, es decir, que se les aplique el derecho de ser oídos y alegar antes de tomar una decisión unilateral, como hizo EE.UU. en el caso de los camarones.

En esta misma línea podemos citar el todavía hoy controvertido caso Antigua-Barbuda contra Estados Unidos, de 2005, por restringir el juego por Internet. El *Appellate Body* determinó que las restricciones norteamericanas contenidas en su legislación contra las apuestas por Internet que no operan en su territorio son ilegales¹⁶¹. Uno de los argumentos —claramente de Derecho ad-

¹⁵⁶ Sobre la OMC, vid. P. ZAPATERO, *Derecho del Comercio Global*, Civitas, 2003.

¹⁵⁷ C. KOCH, «Judicial review and global federalism», *Administrative Law Review*, núm. 54, 2002.

¹⁵⁸ Como señala Julio GONZÁLEZ, «la prueba de la importancia de este tipo de organizaciones como mecanismo para lograr la uniformidad legal está constituida por la creación de mecanismos de resolución de controversias que son obligatorios a los signatarios del acuerdo», en «Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación», núm. 164 de esta REVISTA, 2004. Vid., también, O. MIR PUIGPELAT, *Globalización y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, 2004.

¹⁵⁹ WTO Appellate Body Report, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp products*, WT/DS58/AB/R adopted 6.11.1998. Vid. S. CHARNOVITZ, «The WTO'S environmental progress», *Journal of International Economic Law*, núm. 10, septiembre 2007.

¹⁶⁰ S. CASSESE, «Global standards for national administrative procedure», *Law and Contemporary Problems*, núm. 68, 2005.

¹⁶¹ M. GRUNFELD, «Don't bet on the United States's internet gambling laws: the tension between internet gambling legislation and world trade organization commitments», *Colum. Bus. L. Rev.*, núm. 439, 2007.

ministrativo— es que hay que tomar la medida menos restrictiva posible al comercio. La OMC señaló que EE.UU. podía haber tomado medidas menos radicales que la completa prohibición del juego y aceptó el argumento del Estado de Antigua de que éste se había ofrecido para negociar con EE.UU. sobre las reformas que se podrían hacer en su régimen legal vigente para adaptarse a las regulaciones de la OMC y a sus reclamaciones. Sin embargo, EE.UU. se había negado. La OMC reconoce este punto y «condena a EE.UU. por no haber cumplido el procedimiento de consulta, siendo incapaz de usar el artículo 14»¹⁶². Con ello proclama el principio de comunicación y negociación previas. Es decir, un país antes de tomar una resolución unilateral que perjudique a los otros Estados debe comunicárselo, darles audiencia, e incluso establecer una negociación con dichos Estados afectados.

Sin embargo, esta resolución sigue siendo objeto de polémica porque EE.UU. no ha cumplido la resolución, e incluso ha aprobado una nueva legislación sobre el juego en este tema. Hay que señalar que la OMC permite a los países, como en este caso Antigua y Barbuda, tomar medidas de resarcimiento ante incumplimientos (en este caso de EE.UU.); por ejemplo, suspender los derechos de propiedad intelectual provenientes de los países incumplidores.

Los juristas no acabamos de percibir el momento histórico constitucional y administrativo global¹⁶³ que se está produciendo con esta macroadministración del comercio, con sus órganos y procedimientos de resolución de disputas (DSB, o *Dispute Settlement Body*) y con su órgano judicial de apelaciones (*Appellate Body*)¹⁶⁴. Ello supone un modelo —que se extiende progresivamente a otros sectores como el medio ambiente— de sometimiento al Derecho y al principio de *checks and balances* a todas las potencias del mundo, incluidos los EE.UU., a sus grupos económicos y a sus multinacionales. Todo ello en un entramado de elementos de constitución global o de lo que se denomina constitucionalismo multinivel¹⁶⁵.

Esta idea de soberanía limitada y compartida entre los Estados y las Administraciones internacionales (como la OMC), es decir, de limitación mutua entre los poderes de los Estados y los poderes de los organismos internacionales, es una fiel representación de la doctrina constitucional y federal norteamericana de la soberanía dual¹⁶⁶, aunque todavía tenga sólo una incidencia en el interior de aquel país. Como se ha dicho, «la constitución dual de sectores organizados y espontáneos promueve un control mutuo que puede ser visto

¹⁶² D. CHALMERS, «Administrative globalisation an curbing the excesses of the state», en C. JOERGES et al., *Constitutionalism...*, op. cit., pág. 372.

¹⁶³ A. SLAUGHTER, «An International Constitutional Moment», *Harvard International Law Journal*, vol. 43, 2002.

¹⁶⁴ S. PICCIOTTO, «The WTO's Appellate Body: legal formalism as a legitimization of global governance», *Governance*, vol. 18, 2005.

¹⁶⁵ C. JOERGES y E. PETTERSMANN, *Constitutionalism, multilevel trade governance and social regulation*, Hart Publishing, 2006. Vid., también, HABERMAS, «¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del Derecho internacional?», en *El Occidente escindido*, Trotta, 2006.

¹⁶⁶ M. BALLBÉ y R. MARTÍNEZ, *Soberanía dual y constitución integradora. La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, Ariel, 2003.

como una parte importante del *checks and balances* constitucional en las modernas sociedades abiertas»¹⁶⁷.

Otra cosa es que se reniegue de los rasgos constitucionales que son manifiestos en la OMC. El hecho de rechazar el nombre no significa que no existan tales características constitucionales, como el principio de *checks and balances*¹⁶⁸. Eso mismo ha ocurrido con el rechazo a la Constitución europea. Los Tratados europeos y el funcionamiento entre las instituciones europeas y los Estados miembros tienen casi todos los rasgos constitucionales, e incluso federales. El mero hecho de aprobarlos como Constitución no suponía un mayor avance, sino más bien hubiera provocado, como ha ocurrido ahora, un efecto rechazo por parte de los Estados, que se resisten a perder soberanía —aunque sea nominalista— al someterse a un Derecho europeo o mundial. Ciertamente, como ya había vislumbrado Monnet, mencionar las palabras constitución y federalismo en estos sistemas multinivel —intergubernamental y/o supranacional— es contraproducente. En cambio, el funcionalismo del espíritu del *muddling through* (salir del paso, arreglarlo de una forma u otra), de tradición anglosajona, logra unas prácticas a veces incluso más federales y más constitucionales sin necesidad de recurrir a nominalismos y al espíritu de código¹⁶⁹. El Derecho administrativo representa más este método funcionalista. Se trata de una integración a través del Derecho, pero sobre todo a través del Derecho administrativo. Este sometimiento de los Estados al Derecho, a un Derecho mundial sin pretensiones nominalistas pero con unos efectos materiales inimaginables por el sometimiento —incluso de EE.UU.— al imperio del Derecho global.

Cabe cuestionarse si los Estados hubieran accedido a aprobar el Tratado de la OMC si al *Appellate Body* se hubiera denominado Tribunal Constitucional Mundial o Corte Suprema Global del Comercio. Esta experiencia exitosa de limitar el poder a través de la creación de un Derecho administrativo más discreto, sin excesivos nominalismos rimbombantes, se comprobó también con la creación de la Comisión del Ferrocarril de Massachusetts: se logró porque al principio sólo tenía competencia para investigar, informar y recomendar, pero no competencias reguladoras formales y sancionadoras. Sin embargo, con esta discreta metodología administrativa consiguió un poder y una eficacia notables. El espíritu de Monnet y el proceso funcionalista e incrementalis-

¹⁶⁷ C. JOERGES y E. PETERSMANN, *op. cit.*, pág. 14.

¹⁶⁸ D. CASS, *The constitutionalization of the world trade organization. Legitimacy, democracy and community in the international trading system*, Oxford, 2005. La autora se empeña en demostrar sólidamente la inexistencia de elementos y rasgos constitucionales en la OMC, pero después de la lectura de su profundo trabajo quedas convencido de lo contrario.

¹⁶⁹ Este espíritu de código encierra un formalismo nominalista y pretende cerrar un compendio de normas idílico y nunca alcanzable (pensemos que el «código» penal de 1870 fue provisional pero estuvo en vigor más de un siglo). Sin embargo, el fracaso de esta concepción se comprueba actualmente ya que cualquier «código» no es más que un código de anexos, es decir, regulaciones que deben ser actualizadas para enfrentarse a los nuevos problemas. Frente al espíritu de código, la tradición americana ha tenido el espíritu de *muddling through*. C. LINDBLOM, «The science of “muddling through”», *Public Administration Review*, vol. 19, 1959, págs. 79 a 88.

ta de creación de la UE demuestran otra vez lo beneficioso de esta *integration through (administrative) law*.

La OMC configura una globalización en clave de americanización (en el sentido de los valores constitucionales y federales de *checks and balances*), en la que Washington, consecuentemente a esos principios, debe quedar frenado y equilibrado por el resto de los Estados, los cuales, de acuerdo con su población, deben coparticipar en las decisiones políticas y jurídicas que afectan a un mundo cada vez más unido y plural.

Este organismo ha adquirido una independencia institucional supranacional y una personalidad legal que modulan la vida de millones de personas a través de sus políticas, pronunciamientos y mecanismos reguladores que cambian *de facto* leyes y regulaciones de los Estados (incluso de los EE.UU.) si violan las reglas del libre comercio. Por lo tanto, «algún grado de funcionamiento democrático es necesario para ganar legitimidad»¹⁷⁰ y «requiere un desarrollo institucional y unos procedimientos y reglas administrativas»¹⁷¹.

Las férreas críticas a la OMC, que se iniciaron en Seattle en el año 1999 por el activismo de los grupos sociales y las ONGs, han conseguido modificar las estructuras y los procedimientos cerrados que tenía al principio este organismo y que se concretan en lo que se han denominado «iniciativas de buen gobierno»¹⁷². Así, se introducen procedimientos de participación y deliberación, control de los *lobbies*, transparencia, neutralidad, claridad, juego limpio, funcionamiento eficiente, legitimación científica por parte de expertos, entre otros¹⁷³.

Aunque pervive en ciertos aspectos el denominado *modelo de club* de los países desarrollados (EE.UU., UE, Japón y Canadá, y ahora se ha abierto a Brasil y China), a raíz de estas críticas, la OMC se está adaptando tanto a la participación de los países en vías de desarrollo como a las ONGs, al igual que anteriormente había ocurrido con las agencias administrativas norteamericanas. Si en el presupuesto inicial no entraban los objetivos del medio ambiente, derechos humanos, derechos laborales, salud pública, derechos del consumidor, etc., progresivamente pero lentamente y por presión exterior o por los daños ocasionados por el libre comercio, éstos están siendo integrados como principios dentro del mismo Derecho del comercio¹⁷⁴.

Precisamente ha sido el máximo tribunal de la OMC, el órgano de apelaciones, quien ha jugado un papel proactivo, estableciendo reglas y procedimientos «ampliando las bases del Derecho administrativo»¹⁷⁵, como ha sido la introducción del sistema de *amicus curiae*, es decir, aceptar representantes de grupos como las ONGs en procedimientos en principio reservados a los Esta-

¹⁷⁰ J. SRIVASTAVA, «Legitimacy and global governance institutions. Challenges and possibilities from the WTO's Experience», en *Annual Meeting of GARNET*, University of Warwick, 2007.

¹⁷¹ D. ESTY, «Good governance at the supranational scale: globalizing administrative law», *Yale Law Journal*, mayo 2006.

¹⁷² J. SRIVASTAVA, «Legitimacy ...», *op. cit.*

¹⁷³ D. ESTY, «Good governance...», *op. cit.*

¹⁷⁴ T. COTTIER, J. PAUWELYN y E. BÜRGY (eds.), *Human rights and international trade*, Oxford, 2005.

¹⁷⁵ D. ESTY, «Good governance...», *op. cit.*

dos como partes. Con ello reforzaba su legitimidad ante los ojos de los movimientos sociales, a los cuales no se les puede negar que tienen otro tipo de legitimidad y representatividad mundial.

Asimismo, se han aplicado las directrices del Consejo General de la OMC para que el Secretariado tenga una relación más activa y directa con las ONGs. Se ha concretado en innumerables fórmulas procedimentales: participación de los movimientos sociales en las conferencias ministeriales, en simposios, etc., e incluso en la constitución de un Consejo asesor informal de las ONGs compuesto por las diez más importantes.

Como señala el profesor de Yale, la OMC ha adquirido reputación por introducir procedimientos administrativos de participación, diálogo, deliberación y control, y en el futuro debe «desarrollar ampliamente un sistema de Derecho administrativo que le otorgaría una mayor legitimidad a la institución y una mejor capacidad para gestionar la interdependencia económica»¹⁷⁶.

Por último, cabe decir que la OMC también ha establecido sistemas de regulaciones a través no sólo de la uniformización, sino del otro modelo clásico de armonización que es el «reconocimiento mutuo de regulaciones entre los estados miembros»¹⁷⁷. Se trata de un modelo de armonización inherente al sistema norteamericano entre los 50 Estados y Washington y recogido posteriormente como uno de los sistemas de armonización de la Unión Europea¹⁷⁸. Asimismo, «ha promovido también una cooperación horizontal entre estados miembros a través de la cual los actos regulatorios de un estado automáticamente cobran validez en el otro»¹⁷⁹.

Existe un amplio arco de organismos internacionales, entre los cuales hay algunos que son verdaderas administraciones globales, puesto que tienen autonomía con respecto a los Estados y éstos quedan sometidos a sus regulaciones y sus procedimientos de decisión y resolución judicial. Lo más importante de la OMC es que, después de diez años de funcionamiento, EE.UU. se somete a sus decisiones judiciales y es el embrión de lo que tiene que ser un Derecho constitucional y administrativo global. Estados Unidos ha ganado 40 sentencias, pero ha perdido otras 40 que ha tenido que respetar¹⁸⁰. Por tanto, éste es el modelo ejemplar de sometimiento al imperio del Derecho (*rule of law*) administrativo que, lamentablemente, no sigue en otros campos, donde los EE.UU. todavía ejercen un unilateralismo como si fueran un *sheriff* global.

Esta posición de sometimiento al imperio del Derecho tal y como hace con los tribunales y con el Derecho de la OMC es, sin embargo, lo más congruente con sus principios constitucionales más genuinos de *checks and balances* y so-

¹⁷⁶ D. ESTY, «Good governance...», *op. cit.*

¹⁷⁷ K. NICOLAIDIS y G. SHAFFER, «Transnational mutual recognition regimes: governance without global government», *Law and Contemporary Problems*, 2005.

¹⁷⁸ Para comprender el sistema de reconocimiento mutuo de legislaciones en EE.UU. y en Europa, ver M. BALLBÉ y C. PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, 1997.

¹⁷⁹ B. KINGSBURY, R. STEWART y N. KRISCH, «The emergence of global administrative law», *Law and Contemporary Problems*, 2005.

¹⁸⁰ S. MALAWER, «Litigation and Consultation in the WTO. 10th Anniversary Review», *Virginia Lawyer*, junio/julio 2005.

beranía dual¹⁸¹. Principios que, como ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, suponen que Washington no puede actuar unilateralmente en el interior de los EE.UU. y tratar a sus 50 Estados como si fueran meras «oficinas regionales o agencias administrativas del gobierno federal»¹⁸². De la misma manera y congruentemente con sus valores constitucionales y federales, no puede actuar ni dar órdenes unilaterales al resto de los Estados del mundo.

En este sentido, aunque la OMC es fruto de la globalización jurídica y fue forjada por influencia de la americanización, en la actualidad muchos de los principios propios desarrollados revierten ahora sobre el Derecho constitucional y administrativo interno de los EE.UU., que tienen que adaptar su Derecho a los nuevos principios que emanan de estas instituciones y Derecho globales¹⁸³.

Cabe decir, pues, que la dinámica futura es que se desarrollará esa interacción e influencia mutua entre los Derechos administrativos producto de la globalización, la europeización y la americanización¹⁸⁴.

10.2. *El sheriff global y el «imperio de la ley» del Oeste (rule of martial law) en el mundo*

- a) *Militarizar la Administración y evadir el control judicial: el abandono de ese modelo en España y su resurgimiento en los EE.UU. desde el 11S. La guerra contra el Derecho administrativo global.*

España, como es bien sabido, ha tenido una tradición de militarismo prácticamente hasta la instauración del régimen constitucional en 1978. Pocos administrativistas vislumbran que el Derecho administrativo por excelencia en España no fue el Derecho del Consejo Real o del Consejo de Estado, como había ocurrido en Francia, sino que nuestro Derecho administrativo por excelencia fue el proveniente de la Administración y del Derecho militar. Fundamentalmente porque la Administración encargada de hacer cumplir la ley y los reglamentos era militar o militarizada; porque amplias competencias en materias civiles también estaban en manos de las autoridades militares; porque frecuentemente las infracciones administrativas o penales, al intervenir la policía

¹⁸¹ M. BALLBÉ y R. MARTÍNEZ, *Soberanía dual y Constitución Integradora. La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, Ariel, 2003.

¹⁸² Sentencia Corte Suprema Nueva York v. EE.UU. (1992).

¹⁸³ D. LIVSHIZ, «Updating American Administrative Law: WTO, international standards, domestic implementation and public participation», *Wisconsin International Law Journal*, núm. 24, 2007.

¹⁸⁴ G. DELLA CANANEA, «Beyond the State: the Europeanization and globalization of procedural administrative law», *European Public Law*, vol. 9, 2003. Vid., también, CASSESE, *Derecho global*, Marcial Pons, 2007, y, del mismo autor, «Global Standards for National Administrative Procedure», *Law & Contemporary Problems*, núm. 109, 2005. Para una perspectiva del Derecho administrativo global desde la India, ver B. S. CHIMNI, «Co-option and resistance: Two faces of global administrative law», *New York University Law Review*, octubre 2006.

militarizada, las transformaba en delitos militares (insulto o desobediencia a fuerza armada); porque la jurisdicción competente en muchas materias (desde el contrabando hasta los conflictos laborales) acababa siendo la jurisdicción militar y no la ordinaria, por lo que venía a establecerse una ley marcial encubierta; porque muchos cargos gubernativos y administrativos estaban en manos de militares, y, por último, porque, a pesar de todas estas medidas propias de la ley marcial, además, cada año se declaraba en algún punto del país el estado de excepción. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA:

«El mantenimiento del orden público ha estado entregado al ejército en nuestra patria y, correlativamente, a la jurisdicción de guerra, sin interrupción alguna: monarquías y repúblicas, conservadores y liberales, dictaduras y regímenes constitucionales, derechas e izquierdas, han coincidido, por de pronto, en esa sorprendente fórmula»¹⁸⁵.

Ciertamente, hasta el siglo XX se siguió confirmando la observación que había hecho VAYRAC sobre el poder militar en España en el Antiguo Régimen: «se entrometen en estas dos cosas [gobernación política y militar], y en la administración de la justicia contenciosa, lo que les da un poder incomparablemente más grande; se puede decir que ejercen casi toda la autoridad real»¹⁸⁶.

Esta Administración Pública y Derecho militarizados no se circunscriben sólo a siglos pasados, sino que hasta hace muy pocas décadas la administración y el transporte aeroportuarios estaban bajo la competencia de la Administración militar. Y lo mismo ocurría con toda la zona marítimo-terrestre, costas, puertos y las consiguientes concesiones de licencias: estaban bajo la Administración de la Armada. No es hasta la Ley Orgánica de 1980 de reforma del Código de Justicia Militar cuando se obliga a la jurisdicción militar a replegarse al ámbito estrictamente castrense, apartándola de famosos casos en los que estaba inmiscuyéndose¹⁸⁷. Y no es hasta 1986 cuando se realiza una de las reformas administrativas que ha pasado más desapercibida pero que ha

¹⁸⁵ Prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA en M. BALLBÉ, *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, 1983.

¹⁸⁶ J. DE VAYRAC (Abbé), *Etat présent de l'Espagne*, vol. III, Amsterdam, 1718, pág. 291.

¹⁸⁷ Entre los cuales podemos destacar el intento de procesamiento militar de la directora de cine Pilar Miró por la representación de la Guardia Civil en su película *El crimen de Cuenca. El caso Almería*, donde se establece que es la jurisdicción civil y no la militar la competente para procesar a los guardias civiles. También el procesamiento militar del director de *Diario 16*, Miguel Ángel Aguilar, por denunciar en 1980 que el General Torres Rojas está conspirando para realizar un golpe de Estado, como se confirmó el 23F del año siguiente. Así y todo, un Consejo de Guerra en 1981 condena a diez meses de prisión a un dirigente de Comisiones Obreras Marineras por un delito de injurias a la autoridad militar e insulto a fuerza armada por una manifestación de pescadores que protestaban por la permisividad en el uso de un arte de pesca que regulaba la Comandancia de Marina de El Ferrol. Todavía el Tribunal Supremo, en autos de 1981, resuelve conflictos de competencia a favor de la jurisdicción militar en casos suscitados «para conocer de diligencias preparatorias por presuntas torturas a determinados paisanos por miembros de la Guardia Civil». M. BALLBÉ, *Orden Público..., op. cit.*, pág. 475.

significado la auténtica transformación de la estructura del viejo Estado autoritario: la desmilitarización de los 40.000 policías nacionales por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esta reforma, que algunos habían pronosticado como el desmantelamiento del Estado, veinte años después ha demostrado su éxito ya que el Cuerpo Nacional de Policía, como los demás cuerpos de seguridad de España, tiene los más bajos índices de corrupción y los más altos de prevención y esclarecimiento de delitos, como hemos señalado anteriormente.

La España constitucional ha sabido corregir de raíz toda esta tradición jurídica institucional militar, ha alcanzado una mayor seguridad pública y una mayor integración nacional, configurando al ejército como una institución nacional por excelencia sin enemigos interiores y como fuerza internacional de paz bajo el mando de Naciones Unidas. Se ha conseguido un modelo constitucional de Administración Pública y de seguridad civil, una hegemonía de la jurisdicción ordinaria, y ahora es un modelo en la globalización incluso en la lucha contra el terrorismo internacional con eficacia, transparencia y garantías, como se ha comprobado con el proceso judicial ordinario del 11M¹⁸⁸.

Sin embargo, desde una tradición diametralmente opuesta como es la norteamericana, se produce ahora un resurgimiento del modelo de seguridad bajo los parámetros de la Administración y la justicia militar, e incluso la tentación de ocupar los espacios y competencias de la policía a través de la derogación de la *Posse Comitatus Act* de 1876, que prohibía la utilización de los militares en las funciones de hacer cumplir la ley (*law enforcement*)¹⁸⁹.

- b) *La autorización al Presidente Bush para usar la fuerza militar en la guerra contra el terrorismo, como intento de evadir el control judicial. «El Derecho administrativo se va a la guerra» a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre Guantánamo*¹⁹⁰.

La Ley de autorización para uso de la fuerza militar (AUMF) de 2001 otorga poderes especiales al Presidente, por los cuales podrá usar toda la fuerza militar necesaria contra aquellas naciones, organizaciones o personas que han estado implicadas en el atentado del 11S. Bajo esta autorización el ejército norteamericano invadió Afganistán. El debate a partir de ese momento fue si esta Ley, o incluso la Constitución, otorga poderes especiales al Presidente.

¹⁸⁸ A. MACKINNON, «Counterterrorism and checks and balances: the spanish and american examples», *New York University Law Review*, 2007. Estados Unidos alega que deben hacerse juicios militares para «la protección de la información clasificada, la seguridad física de los participantes y los testigos, la protección de las fuentes y métodos proporcionados por la inteligencia y la policía, y otros de interés para la seguridad nacional». España ha demostrado que todo ello puede garantizarse a través de la justicia ordinaria y las garantías constitucionales.

¹⁸⁹ P. KRASKA (ed.), *Militarizing. The American criminal justice system. The Changing roles of the Armed Forces and the Police*, Northeastern University Press, 2001. También, A. BADEVICH, *The new American militarism. How Americans are seduced by war*, Oxford, 2005.

¹⁹⁰ C. SUNSTEIN, «Administrative law goes to war», *Harvard Law Review*, 2005.

El gobierno interpreta que, inherente a estos poderes, se incluyen los privilegios de eludir el control judicial, así como otras medidas como llevar a cabo torturas, uso de militares como policías, utilización de seguridad privada como fuerza policial y militar, escuchas telefónicas por la NSA (Agencia Nacional de Seguridad) sin autorización judicial¹⁹¹, detenciones y deslocalización de detenidos (como las realizadas en Europa), establecimiento de juicios militares, entre otras.

Estados Unidos a partir del 11S no ha seguido la dinámica de implantar el *rule of law* en el mundo a través de una globalización jurídica, constitucional y administrativa. Por el contrario, ha recuperado las viejas técnicas y prácticas del siglo XIX anteriores a su Estado administrativo y regulador. Y, como consecuencia, ha habido una tentación de extender este Derecho decimonónico en el resto del mundo (con todas sus perversiones¹⁹²), como si fuera una especie de reimplantación de la ley del Oeste, ahora en el mundo, vulnerando la legalidad internacional e incluso su propio y vigente sistema legal.

Es importante destacar las palabras del profesor de Derecho administrativo de Chicago, SUNSTEIN, quien ha señalado que «desde los ataques del 11S, los principios claros de que el Presidente necesita una autorización previa del Congreso han sido cuestionados, sobre todo por aquellos que defienden amplias prerrogativas constitucionales para él. La presión ha venido por dos vías diferentes. Por una parte, han entendido que se dan poderes de guerra al Presidente, lo cual le autoriza a tomar las medidas necesarias para proteger a la nación. Por otro lado, defienden que estas circunstancias particulares sobre la guerra contra el terror justifican un especial y reforzado papel del ejecutivo y una posición debilitada del judicial, y también sostienen que sería peligroso requerir al Congreso específicas autorizaciones para cada acción presidencial. Esta visión configura una especie de unilateralismo presidencial, autorizando al Comandante en Jefe para actuar con sus propios criterios».

La materialización de estos poderes exorbitantes ha dado como resultado los conocidos acontecimientos de Abu Ghraib y Guantánamo:

«La Administración Bush ha sostenido una interpretación extensiva sobre las competencias del Presidente. En el controvertido memorándum del gabinete jurídico del Departamento de Justicia en 2002, se señala que el Presidente, como comandante en jefe, tiene autoridad y competencias inherentes para or-

¹⁹¹ Ya existe una sentencia de un Tribunal Federal (*ACLU vs. NSA*), de junio de 2006, por la que se declara ilegal el programa de escuchas telefónicas de la NSA.

¹⁹² Vid. el epígrafe 3, titulado «Las perversiones del modelo individuocéntrico de seguridad norteamericano», de este artículo. Un ejemplo del modelo se comprueba en el caso de Sadam Hussein, al que se le acusa de disponer de armas de destrucción masiva; se organiza una partida (*posse comitatus*), ahora no de ciudadanos, sino de Estados; se invade militarmente su país al margen de la legalidad internacional; se le detiene y juzga no por un tribunal internacional *ad hoc*, sino por un tribunal nombrado bajo la Administración norteamericana de ocupación; y, como en la tradición del linchamiento, al no encontrarse pruebas sobre el delito que ha motivado la guerra, se le juzga y condena por otros delitos.

denar la tortura de terroristas sospechosos. Autoridad que el Congreso no podría anular»¹⁹³.

En esta guerra contra el sometimiento de la Administración al Derecho y a los tribunales, la Corte Suprema, a pesar de tener una mayoría conservadora, ha desaprobado tal interpretación extensiva. Efectivamente, en tres sentencias, históricas ya, desautorizó estos pretendidos poderes y limitó y sometió a control judicial las actuaciones de la Administración Bush, incluso tratándose de la Administración militar y encontrándose fuera del territorio de soberanía norteamericana, recuperando el principio liberal anglosajón según el cual «*Magna Carta follows the flag*».

c) *Las sentencias Rasul v. Bush y Hamdi v. Rumsfeld (junio de 2004).*

En *Rasul v. Bush* se plantearon cuestiones de gran trascendencia en la globalización, y más cuando EE.UU. no ha firmado su sometimiento al Tribunal Penal Internacional o a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La cuestión en *Rasul* era si al ser la base de Guantánamo un territorio alquilado por los EE.UU. a Cuba, los tribunales judiciales norteamericanos gozan en ella de jurisdicción. Es decir, si la jurisdicción se limita al territorio de soberanía nacional o se extiende a otras partes del mundo. Por tanto, lo que alegaba la Administración Bush es que los tribunales americanos no tienen jurisdicción y, por tanto, no cabe el derecho a recurso de *habeas corpus* para los detenidos. Sin embargo, la Corte Suprema ha mantenido en este caso la conocida tradición jurídica liberal inglesa, destacando que,

«como Lord Mansfield escribió en 1759, incluso si el territorio no es parte del reino no hay ninguna duda de los poderes de los tribunales ordinarios para conocer recursos de *habeas corpus*, si el territorio está bajo sujeción de la Corona»¹⁹⁴.

¹⁹³ C. SUNSTEIN, «Clear statement principles and national security: Hamdan and beyond», *Supreme Court Review*, 2006. Hay que recordar que este memorando es el denominado Informe John Ashcroft (Fiscal General de los Estados Unidos), que fue redactado por Gonzales, el responsable entonces del Gabinete jurídico. Posteriormente, Gonzales fue nombrado Fiscal General de los EE.UU. y Secretario del Departamento de Justicia hasta su dimisión en el 2007, por este y otros abusos de autoridad como el cese y el nombramiento de fiscales. En este punto hemos de destacar el recurso interpuesto por la ACLU y otras organizaciones para que este Departamento jurídico de Justicia haga públicos, en base a la Ley de Libertad de Información (FOIA), otros memorandos posteriores en los que se seguían sosteniendo métodos crueles e inhumanos de interrogatorio.

¹⁹⁴ Este gran jurista también estableció el principio de sometimiento a los tribunales ordinarios, y no a los militares, cuando el ejército era llamado por la autoridad para mantener el orden público, bajo el lema de que los militares han sido llamados a intervenir «no como soldados sino como ciudadanos civiles», en la obligación de todo ciudadano de ayudar a la autoridad que le requiere. Por ello, desde 1780, en la tradición inglesa, en cualquier extralimitación o agresión de/a los soldados, no es competente la jurisdicción militar, sino la ordinaria. Vid., sobre este tema, M. BALLBÉ, *Orden Píblico y Militarismo en la España constitucional*, Alianza, 1985 (2.ª ed.), pág. 70.

El máximo Tribunal norteamericano implanta también este principio al señalar que en todos los territorios del mundo donde la Administración americana o sus tropas «ejerzan jurisdicción y control», los tribunales judiciales norteamericanos tienen competencia para aceptar y conocer recursos de *habeas corpus* de detenidos, aunque sean extranjeros y en territorio extranjero, como fue el caso de *Rasul*.

En la sentencia también se recuerda que la Cuarta Convención de Ginebra no se refiere sólo a enemigos de guerra, es decir, soldados, sino a cualquier otro ciudadano en combate. Con ello, como ha ironizado la minoría de jueces de la Corte Suprema, en desacuerdo con la sentencia *Rasul*:

«abandonando la venerable jurisprudencia existente hasta el momento [que no permitía el control de los tribunales americanos a detenidos extranjeros fuera del territorio de soberanía americana], la Corte Suprema de forma astuta extiende el ámbito del *habeas corpus* hasta los confines de la Tierra (*four corners of the earth*)».

A nadie se le puede escapar que esta jurisprudencia tiene unas consecuencias globales, ya que supone un paso decisivo en el control judicial de la Administración americana en cualquier parte del mundo. Más importancia tiene aún si tenemos en cuenta que EE.UU. no acepta ni se somete al Tribunal Penal Internacional y, por tanto, sigue manteniendo en vigor la vieja técnica del Derecho administrativo francés y español de «autorización previa del Gobierno para procesar un funcionario», que tan bien ha explicado el profesor PARADA. Es decir, los militares norteamericanos, o incluso los funcionarios de los servicios de inteligencia o de la policía, no pueden ser perseguidos por el Tribunal Internacional. Sin embargo, paradójicamente, aunque pueden evadir el control judicial internacional, la Corte Suprema norteamericana ha sostenido en esta sentencia que no pueden eludir el control judicial ordinario federal aunque actúen fuera del territorio de soberanía estadounidense.

En *Hamdi v. Rumsfeld*, un ciudadano norteamericano detenido y encarcelado en Guantánamo presentó un recurso de *habeas corpus*. La Corte Suprema señaló que aunque la Administración norteamericana tiene poderes de detención en periodo de guerra, esta detención no puede ser indefinida.

Ocho miembros de la Corte, de los nueve, sostienen que Hamdi ha sido privado de sus derechos al *due process* (garantía judicial efectiva) al no serle reconocido el derecho a ser oído por la regulación que había dictado el Secretario de Defensa, Rumsfeld, de constitución y procedimiento de las comisiones militares. Como sostiene la sentencia,

«debemos rechazar la interpretación que hace el gobierno sobre el principio de separación de poderes pretendiendo limitar el poder de los tribunales en estas circunstancias. Esta posición interpretativa que defiende que los tribunales deben olvidarse de controlar casos individuales y sólo circunscribirse a la

legalidad de las detenciones en sentido amplio, no se corresponde con ninguna visión razonable de la separación de poderes y esta interpretación sirve sólo para condensar todos los poderes en una única rama del gobierno. Debemos dejar claro que un estado de guerra no es un cheque en blanco para el Presidente cuando afecta a los derechos de los ciudadanos norteamericanos».

d) *Sentencia Hamdan v. Rumsfeld, de junio de 2006.*

El chófer yemení de Bin Laden fue detenido en Afganistán y sometido a la nueva Ley de tratamiento de detenidos de 2005¹⁹⁵, aprobada por la mayoría republicana en el Congreso para adaptarse a las prescripciones establecidas en las sentencias *Rasul y Hamdy*. Dicha Ley establece que ningún tribunal tiene jurisdicción para admitir recursos de *habeas corpus* planteados por detenidos extranjeros en la Bahía de Guantánamo, excepto el Tribunal de Circuito del Distrito de Columbia (Washington, DC), que a partir de entonces tiene exclusiva jurisdicción para revisar las decisiones finales de los tribunales y comisiones militares, así como el estatus de los enemigos combatientes.

La mayoría de la Corte Suprema declaró que

«un juicio por comisiones militares afecta al más alto orden concerniente a la separación de poderes. Localizadas dentro de una única rama del poder, estas comisiones militares corren el riesgo de que los delitos que se definirán, perseguirán y sentenciarán por funcionarios del ejecutivo no tengan un control judicial independiente. (...) La concentración del poder pone la libertad personal en peligro de una acción arbitraria cometida por los funcionarios. Un sistema tripartito de división de poderes constitucional está concebido para evitar este tipo de incursiones. (...) Es una realidad imperativa que, cuando los tribunales militares están establecidos, las directrices presidenciales y su propia autoridad dominan por completo este proceso».

Además, declara ilegal este tipo de comisiones militares —que había regulado la Administración en uso de la AUMF— por no haber establecido las garantías básicas que regula el Código de Justicia Militar, como el derecho de ser oído o el derecho a estar presente en el juicio.

En palabras de SUNSTEIN, «debido a que los tribunales ordinarios y sus

¹⁹⁵ *La Detainee Treatment Act* (DTA). Cabe decir que «el gobierno aceptó introducir una cláusula normativa clara sobre la prohibición de las torturas, pero a cambio ganó la eliminación del *habeas corpus* de los detenidos de Guantánamo». S. ELLMANN, «The rule of law and the military commission», *New York Law School Law Review*, núm. 51, 2006-2007.

procedimientos de protección de los derechos son indispensables para nuestro sistema [constitucional] de gobierno, la Corte Suprema no podría construir un derecho ambiguo que permitiera al poder ejecutivo la sustitución de los tribunales ordinarios por tribunales militares»¹⁹⁶.

En definitiva, «la mayoría de la Corte se ha pronunciado por un “no” a las acciones tomadas por el Presidente después del 11S en nombre de la seguridad nacional»¹⁹⁷.

Asimismo, cabe decir que la Corte Suprema reconoce la vigencia del artículo 3 de la Convención de Ginebra; por ello señala que «todos los poderes del estado están sujetos a la Convención y la Corte Suprema es la encargada de hacerla cumplir».

Por último, las sentencias recogen la famosa resolución *Ex parte Milligan*, de 1865, según la cual el uso de las comisiones militares era un intento ilegítimo de imponer la ley marcial en un área donde funcionaban con normalidad los tribunales civiles. Si los tribunales civiles están abiertos, debe prevalecer la jurisdicción civil sobre la militar. El test para la Corte es que cuando los tribunales ordinarios están en funcionamiento, ello implica que hay un normal funcionamiento de la Administración y del gobierno y, por tanto, el derecho de guerra no es de aplicación.

e) La resolución militar sobre Khadr (2007).

El gobierno Bush y la mayoría republicana aprobaron la *Military Commissions Act*, de octubre de 2006, intentando modificar la regulación sobre las comisiones militares que la Corte Suprema (especialmente en *Hamdan*) había declarado contraria a Derecho, configurando un nuevo tipo de comisiones militares avaladas por ley del Congreso de los EE.UU., reconociendo el derecho del detenido en Guantánamo a estar presente en el juicio y a ser escuchado. Esta Ley, además, introduce el término «enemigos combatientes ilegales» (*unlawful*).

Iniciado uno de estos nuevos juicios militares en el caso Omar Khadr, de 2007¹⁹⁸, el propio juez militar competente (Coronel Brownback) dicta una resolución por la que le retira todas las acusaciones y sostiene la ilegalidad del juicio. El argumento era que la reciente Ley se refería a «enemigos combatientes ilegales» y, sin embargo, Khadr estaba considerado por la Administración norteamericana solamente como «enemigo combatiente»¹⁹⁹.

¹⁹⁶ C. SUNSTEIN, «Clear statement...», *op. cit.*

¹⁹⁷ G. FLETCHER, «Hamdan confronts the military commissions Act of 2006», *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 45, 2007.

¹⁹⁸ Se trata de un ciudadano canadiense detenido en Afganistán, con 15 años de edad, y trasladado a Guantánamo.

¹⁹⁹ Como señala el editorial del *Financial Times* de 6 de junio de 2007, titulado «Guantánamo's great charade», «incluso aunque la administración ha redactado las prescripciones más relevantes de esta ley y por tanto debería estar familiarizada con sus requisitos, el gobierno no ha calificado a los detenidos como enemigos *ilegales* combatientes como establece la ley. No está claro si este patinazo refleja una incompetencia pasmosa o un arrogante

Hay que decir que esta lucha por el control judicial de la Administración ejecutiva y de las comisiones militares no ha terminado puesto que, a final de 2007, la Corte Suprema ha admitido otro recurso de esta temática que va a resolver a lo largo del año judicial 2007-2008. Ello significa que hay una mayoría de jueces dispuestos a mantener la doctrina *Rasul-Hamdi-Hamdan* a pesar de las reformas legislativas y de las actuaciones de la Administración Bush, y que quizás va a sentenciar definitivamente sobre el control judicial ordinario a la Administración Pública federal en relación a los detenidos de la base de Guantánamo²⁰⁰.

La batalla jurídica de Guantánamo expresa este Derecho administrativo militar y de la seguridad nacional que pretendía arrogarse la Administración presidencial, exonerándose del control judicial, y que al final ha quedado desautorizado por completo por la Corte Suprema norteamericana. Como ha señalado SUNSTEIN, «después de la sentencia Hamdan el unilateralismo presidencial ha quedado por los suelos»²⁰¹.

Bush pretendía hacer la guerra al Derecho administrativo exonerándose de cualquier control judicial, pero la Corte Suprema ha declarado que es el Derecho administrativo el que también va a la guerra, es decir, que los tribunales ordinarios van a controlar el poder, la Administración y los militares, incluso fuera del territorio norteamericano y aunque estén en operaciones de guerra.

Los pretendidos poderes exorbitantes de la Administración presidencial al amparo de un estado de guerra *de facto* se han transformado en la lucha por el mantenimiento del Estado de Derecho, cuyo instrumento más eficaz es y seguirá siendo el sometimiento del Estado al Derecho administrativo, ahora ya global.

menosprecio a la ley, pero de cualquier forma puede tener un coste muy alto. Bush debería abandonar esta parodia de justicia y presentar a los sospechosos ante el tradicional tribunal militar que sin duda será más sólido que seguir intentando llevar a estos detenidos a unos *kangaroo courts*. Ésta es la única esperanza que tiene para salvar al menos una pizca de credibilidad».

²⁰⁰ La mera admisión de este recurso ya está acelerando las reformas de la Administración Bush, como la sustitución del Fiscal General, Gonzales, por Michael Mukasey. Éste ha declarado en el Senado en su comparecencia como candidato, el 17 de octubre de 2007, que «estamos deteniendo a gente sin acusarles y es cierto que eso es un ojo morado para el gobierno». Así y todo, en setiembre de 2007, otro tribunal militar rectificó a los jueces militares que habían retirado la acusación a Khadr y se reabrió el proceso.

²⁰¹ C. SUNSTEIN, «Clear statement principles and national security: Hamdan and beyond», *Suprem Court Review*, 2006.