

CANE, PETER (2016): *Controlling Administrative Power. An Historical Comparison* (Cambridge, Cambridge University Press) 583 pp.

La referencia al derecho comparado es una de las constantes del derecho público chileno moderno. A fines del siglo XIX Jorge Huneeus, por ejemplo, sugería abandonar el sistema francés de control legal de la administración y adoptar el inglés y norteamericano. Por supuesto, esta recomendación suponía cierta familiaridad con esos tres sistemas jurídicos y la conveniencia o no de efectuar trasplantes de sus instituciones legales en nuestro país. Han pasado más de 100 años y comentarios como los de Huneeus son tal vez todavía más frecuentes en nuestro medio, pero no siempre tenemos las herramientas para juzgar la sensatez de las propuestas. El estimulante libro recientemente publicado por Peter Cane, profesor de derecho de la Australian National University, sobre formas de control del poder administrativo en Inglaterra, Australia y los Estados Unidos puede ser una valiosa herramienta para poder evaluar juicios de derecho comparado en esta área del derecho público.

El libro parte constatando las diferencias entre los sistemas de control del poder público en Inglaterra, Australia y los Estados Unidos, y luego se pregunta qué explica esas diferencias. La hipótesis de Cane es que la explicación descansa en la estructura de los sistemas de gobierno más que en diferencias en la teoría política que subyace a estos distintos modelos. En particular, Cane se propone poner a prueba la hipótesis de que las similitudes y diferencias entre los “regímenes de control” de esos tres países se pueden explicar en función de los “sistemas de gobierno” en que esos regímenes se insertan. Para proseguir con su explicación, el autor efectúa una distinción doble entre, por un lado, dos “modelos de distribución de poder público” que él llama difusión y concentración; y, por el otro, dos “modelos de control del poder público”, denominados *check-and-balances* y *accountability*. La afirmación crucial del autor es que existiría una relación entre sistemas de distribución de poder concentrados –como el inglés y en menor medida el australiano– y regímenes de control basados en *accountability*; mientras que los sistemas de poder difuso –como el de Estados Unidos– se vincularían con formas de control estructuradas sobre la base de *check-and-balances*.

La caracterización de estos conceptos es crítica para la explicación de Cane. De acuerdo a este autor, difusión ‘implica dividir el poder entre varias instituciones a través del otorgamiento a cada una de ellas de una parte del ejercicio de ese poder’, mientras que concentración supone ‘dividir el poder entre instituciones de tal manera que cada una pueda ejercitar su poder unilateralmente sin la necesidad de obtener el consentimiento o la cooperación de otra u otras instituciones’. Los modelos de control del poder administrativo también tienen una caracterización distintiva en el trabajo de Cane. En efecto, para ilustrar la diferencia entre *accountability* y *check-and-balances* él echa mano a una metáfora espacial de acuerdo a la cual la primera supone relaciones verticales, mientras que la segunda se asocia a relaciones horizontales entre el órgano sometido a control y el órgano que controla.

En suma, la obra pretende ofrecer una explicación de los contrastes entre las instituciones, normas y prácticas de gobierno y control en los tres sistemas jurídicos examinados, que sea de carácter estructural, es decir, basada en las relaciones entre los regímenes de

control y la arquitectura de gobierno en que ellos se insertan. Además de estructural, la explicación es histórica. Cane concibe su trabajo como un ejemplo de “institucionalismo histórico”. De hecho el libro refleja una concepción del derecho que enfatiza su historicidad, y su relación con el cambio y la continuidad de las estructuras sociales, económicas y políticas que lo circundan. Como el mismo Cane admite, *Controlling Administrative Power* se ubica claramente en la rica tradición académica de *Law in Context*. Por otro lado, a pesar de que el punto de vista comparativo es característico del libro, su propósito no es abogar por la transferencia de instituciones legales específicas de un sistema a los demás. De hecho, el libro no efectúa recomendaciones y no se involucra en evaluaciones de los respectivos regímenes estudiados. Más bien, el libro busca entender cada uno de los sistemas en sus propios términos.

Los catorce capítulos del libro pueden agruparse en tres pilares. El primer grupo está compuesto por los capítulos que abren y cierran el libro, y que discuten sus propósitos teóricos y la metodología empleada. En segundo lugar, una serie de capítulos (2 a 5) revisa la evolución histórica y las características actuales de los sistemas de gobierno y las formas institucionales de control del poder público en los países estudiados. Estos capítulos proveen la estructura básica sobre la que se desarrollarán las siguientes secciones, destacando los cuatro tipos principales de instituciones cuyas relaciones se estudian con detalle a lo largo del libro, esto es, el ejecutivo, la legislatura, la judicatura y la burocracia. Un tema permanente del libro es, en efecto, la posición de la burocracia como una cuarta estructura de poder separada de los otros tres poderes. Esto –entre otros factores– explica que Cane rechace deliberadamente el tradicional aparato conceptual de la separación de los poderes.

En tercer lugar, el núcleo del libro se centra en una serie de capítulos en que se revisan problemas específicos de derecho administrativo que se verían iluminados por la explicación estructural que ofrece Cane. Por ejemplo, el capítulo 6 examina el control judicial de interpretaciones de la legislación efectuadas por la administración, mientras el capítulo 7 se enfoca en la revisión judicial de decisiones administrativas de carácter fáctico y de adopción de política. En otros capítulos se revisa, respectivamente, las facultades normativas de la administración pública (c 8); la adjudicación por parte de la administración y la adopción de decisiones individuales (c 9); los contratos administrativos y el derecho de daños como mecanismos de control del poder administrativo (c 10); la regulación de los flujos de información entre órganos, y entre estos y el público (c 11); los cambios en la provisión de servicios públicos que tuvieron lugar a partir de los años 80 (c 12); y los marcos normativos que gobiernan a las propias instituciones de control tales como cortes, tribunales, *ombudsmen*, y mecanismos de auditoría y control interno (c 13). Una de las grandes virtudes del libro es la capacidad del autor de abordar todos estos problemas (y varios otros subtemas) a la luz de la arquitectura constitucional más amplia en que ellos se ubican y de los procesos históricos en que ellos se sitúan. De esa forma, la a ratos árida y difícil minucia del derecho administrativo se transforma en poderosas instancias de transformaciones políticas de largo plazo.

Dos breves ejemplos pueden ejemplificar el alcance del trabajo que reseño.

Como afirma Cane, en sus tareas de implementación la administración pública está más fuertemente involucrada en la cotidiana interpretación del derecho que sus contrapar-

tes legislativas y judiciales. Pero este dato fáctico no resuelve el problema de quién tiene la última palabra cuando se trata de desacuerdos respecto de la interpretación correcta del derecho. Y la cuestión crucial para Cane es que los sistemas que él analiza ofrecen distintas respuestas. Mientras en Inglaterra y Australia la última palabra en materia de interpretación legal es un asunto que atañe conclusivamente a la corte superior del país, en Estados Unidos las cortes muestran deferencia a la interpretación efectuada por la administración si a la provisión legal en cuestión pueden razonablemente atribuírsele distintos significados. Por supuesto, Cane no pretende evaluar qué modelo es normativamente mejor, sino explicar por qué los sistemas difieren entre sí. Peter Cane argumenta que la explicación yace en que Inglaterra y Australia, por un lado, y Estados Unidos, por el otro, tienen dos modelos distintos de judicatura que denomina respectivamente judicatura subordinada y judicatura coordinada. En la primera los jueces son actores marginales del sistema que tienen como función principal interpretar y aplicar la legislación elaborada por la legislatura; ellos son los guardianes exclusivos de la legalidad. En el modelo de judicatura coordinada, por su parte, tanto legislatura, como el ejecutivo y la judicatura son delegados de El Pueblo, que es la estructura institucional soberana, y como tales deben actuar coordinadamente. Ninguna de estas instituciones posee funciones con carácter exclusivo, sino que al contrario los comparte con las demás. Esto explica que en Estados Unidos los jueces entiendan que la labor de interpretación del derecho debe ser compartida entre ellos y los administradores. Y habrá deferencia hacia las interpretaciones de estos últimos si la cuestión jurídica en juego puede tener distintas respuestas razonables, y si hay razones de experticia y rendición de cuenta política que le dan peso a la interpretación administrativa. En Inglaterra y Australia, en cambio, la deferencia en materias de derecho no tiene cabida. De este modo, Cane muestra cómo la estructura constitucional explica la diferencia de regímenes de control del poder administrativo –en particular, la diferencia aproximación a la deferencia judicial a la administración respecto de cuestiones de interpretación jurídica–.

Las reglas de legitimación activa para requerir la revisión judicial de la actuación administrativa son otro buen ejemplo. Las reglas sobre legitimación activa son amplias en Inglaterra. En efecto, basta que una persona muestre un “interés suficiente” para poder litigar cuestiones de derecho público en los tribunales. En los Estado Unidos y en Australia, en cambio, las reglas son restringidas exigiendo que el litigante muestre un derecho o interés “propio” o un “interés especial”, respectivamente. Lo que explica estas diferencias y similitudes es, según Cane, que las reglas de legitimación activa se conciben de manera diferente en estos tres sistemas. En Estados Unidos se entiende que esta categoría contiene reglas que regulan las relaciones entre el Congreso, el ejecutivo y la burocracia. El carácter estrecho de estas reglas tiene como misión impedir que el Congreso convoque excesivamente a los litigantes privados para monitorear la actuación administrativa a través de los tribunales en detrimento del ejecutivo. En otras palabras, la legitimación activa se ve a la luz de la lucha entre Congreso y Ejecutivo por controlar a la burocracia. En Inglaterra, en cambio, las reglas de legitimación activa son generosas debido a la histórica concentración de poder en el ejecutivo que ha exigido fortalecer la protección judicial de los individuos contra el riesgo de abuso por parte de la administración. Finalmente, en Australia las reglas serían estrechas porque se busca preservar una concepción de la función judicial como exclusiva-

mente enfocada en la resolución de disputas y separada de cuestiones políticas. Como se ve, nuevamente en este específico asunto, Cane intenta una explicación de doctrinas legales de derecho administrativo desde un punto de vista estructural.

Evidentemente el trabajo de Cane está expuesto a críticas. Entre otras, uno podría criticar la solidez de sus distinciones entre difuso y concentrado, y *accountability* y *check-and-balances*. También se podría cuestionar si sus descripciones del derecho vigente de las distintas jurisdicciones reflejan la mejor reconstrucción posible de sus reglas. Más grave aún podría dudarse si Cane es fiel a su explicación estructural a lo largo de todos los ejemplos que analiza o si, más bien, va introduciendo factores *ad-hoc* de distinta naturaleza para dar cuenta de los contrastes entre las distintas instituciones legales. Con todo, la lectura de este libro es de provecho por la extensión de las instituciones jurídicas que examina de forma verdaderamente iluminadora, y por la fascinante metodología comparada, histórica y socio-legal que el autor emplea.

Guillermo Jiménez  
*University College London*