

RECENSIONES

Recensiones

ADRIAN VERMEULE, *Law's Abnegation. From law's empire to the administrative state*, Harvard University Press, 2016 (254 pp.).

En su nuevo libro, Adrian Vermeule, quien ha aplicado influyentemente teoría institucional al derecho administrativo en Harvard, continúa con su ataque a las concepciones legalistas de las relaciones entre derecho y el estado administrativo. En *Law's Abnegation*, Vermeule examina hasta qué punto el derecho –jueces y tribunales– ha podido contener el sostenido avance del estado administrativo desde las primeras décadas del siglo XX en Estados Unidos. El argumento de Vermeule es que el derecho ha tenido que renunciar a sí mismo –abnegarse– a la luz de los evidentes beneficios sociales que implica un estado administrativo robusto y flexible. Esto se traduce, en concreto, en una cada vez más generosa deferencia judicial hacia la administración.

Vermeule explica y justifica la deferencia hacia la administración desde el punto de vista interno del derecho. Con un evidente tono irónico, la perspectiva desde la que argumenta es explícitamente dworkiniana: la del derecho como integridad. El autor explica que el derecho no se ha autorrestringido en favor del estado administrativo por imposición de fuerzas políticas o económicas externas, sino que es la propia lógica interna de los argumentos jurídicos y los arreglos institucionales tradicionales la que ha compelido a los tribunales a entregar cada vez más espacio a la acción administrativa. Tanto la dimensión de justificación –que apela a los principios normativos que dan fundamento al orden legal– como la de adecuación –referida a las prácticas jurídicas que históricamente han interpretado esos valores en situaciones concretas– apuntan a un creciente aumento del principio de deferencia hacia el poder administrativo. Como conclusión de su escrutinio del derecho administrativo norteamericano moderno, Vermeule afirma que el antiguo imperio del derecho se ha terminado convirtiendo en un simple puesto de vigilancia en los márgenes del imperio administrativo.

Law's Abnegation puede ser visto como un caso especial del argumento desarrollado por Vermeule y Posner en *The Executive Unbound* (2011)¹. Este trabajo, sin embargo, no solo explora un área del derecho con más detalle y especificidad –el administrativo–, sino que además es más matizado y tal vez menos excéntrico que el anterior. Mientras en *The Executive Unbound* se afirmaba que el poder ejecutivo estaba “desatado” del derecho, acá se argumenta más convincente y recatadamente que el derecho simplemente se ha autorrestringido, aunque manteniendo cierto rol en la supervisión del ejercicio de poder

¹ Para una excelente crítica, véase Richard Pildes, “Law and the President” (2012) 125 Harvard Law Review 1381.

burocrático. Este matiz es importante a la luz de las justificadas reacciones judiciales durante los primeros meses de la presidencia de Donald Trump.

El libro puede ser estructurado en tres partes. La primera parte del libro abarca la introducción y sus dos primeros capítulos. La segunda parte trata de la aplicación de la tesis de la abnegación del derecho a las doctrinas de revisión judicial procedimental (*due process*) y sustantiva (*rationality review*). La última parte es simplemente un breve excursu acerca de las consecuencias del fenómeno explorado en el libro en la autoridad relativa de distintas profesiones dentro del estado administrativo. En esta recensión me concentro en la primera sección porque en ella Vermeule presenta su argumento central, mientras que en las demás muestra algunas posibles ilustraciones y aplicaciones.

Ya en la introducción Vermeule comienza a exponer sucinta pero contundentemente el núcleo de su argumento. Luego, elabora con más detalle su tesis poniéndola a prueba a la luz de los críticos del estado administrativo (capítulo 1) y de los “fanáticos” –en términos del autor– de la separación de poderes (capítulo 2). El primer capítulo comienza estableciendo como línea de base la decisión *Crowell* de la Corte Suprema en 1932. Este fallo constituyó el primer intento de reconciliar el estado administrativo y el control judicial. Su punto básico fue que los tribunales debían ser deferentes respecto de la determinación de cuestiones fácticas –basado en consideraciones de inadecuación del *common-law*, experticia y eficiencia–, pero debían ejercer control primario respecto de las cuestiones jurídicas. Vermeule sostiene que la distinción fue esencialmente inestable y que crecientemente la Corte fue obligada por la lógica interna del argumento jurídico a extender el ámbito de la deferencia a las dimensiones legales de la acción administrativa. El resto del capítulo rebate las posiciones adversas al estado administrativo de Lawson² y Hamburger³ en Estados Unidos. Mientras el primero afirma que el estado administrativo es inconsistente con la Constitución, el segundo sostiene que el poder burocrático es ilícito (*unlawful*). La respuesta al primero es que el estado administrativo es el producto deliberado y reflexivo de la acción conjunta y bipartisana de las propias instituciones clásicas del estado constitucional. Difícilmente podría ser, por tanto, inconstitucional. La respuesta a Hamburger, por su parte, es doble. Primero muestra la confusión conceptual de su ambigua acusación de ilicitud, ya que el estado administrativo es esencialmente conforme al derecho público vigente en Estados Unidos. Segundo, el autor acusa la confusión estratégica de Hamburger ya que su propuesta consiste en devolver poder a los tribunales cuando son ellos mismos los que han forjado las doctrinas que han legitimado al estado administrativo. De esta manera, Vermeule rebate contundentemente las principales críticas legalistas al estado administrativo en la doctrina estadounidense.

El capítulo 2 es tal vez el más interesante para el lector no especialista. Acá Vermeule equipara separación de poderes al derecho y argumenta que ha habido buenas razones para renunciar a la versión más radical de la separación de poderes para permitir

² Gary Lawson, ‘The Rise and Rise of the Administrative State’ (1994) 107 *Harvard Law Review* 1231.

³ Philip Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?* (The University of Chicago Press 2014).

la consolidación del estado administrativo. En su distintivo estilo instrumentalista, Vermeule concibe la separación de poderes simplemente como un arreglo institucional diseñado para promover un fin: prevenir el abuso de poder. De acuerdo con el autor, solo una posición “fanática” que vea a la separación de poderes como un ídolo sería ciega a los costos que ella implica y a la existencia de otros bienes en competencia. Primero, la prevención del abuso de poder tiene costos y la estricta minimización del riesgo de abuso en el gobierno moderno es excesivamente costosa, por ejemplo en términos de riesgo de inacción, baja velocidad de reacción y pérdida de experticia. Entonces, más que minimizar el abuso, el objetivo debe ser optimizarlo. Segundo, la prevención del abuso debe ser balanceada contra los bienes sociales producidos por el estado administrativo tales como salud pública, seguridad social, protección medioambiental, protección del consumidor y, especialmente, prevención del abuso por parte del poder privado. Por último, la prevención del abuso de poder público debe balancearse con otra de las ventajas del estado administrativo: comparado con las instituciones tradicionales, la burocracia exhibe mayor capacidad para adaptarse rápidamente al cambio en el ambiente político. Finalmente, atacando el aspecto más jurídico del asunto, Vermeule argumenta que los críticos confunden dos niveles del problema. Al nivel más alto, son las mismas instituciones que constituyen el sistema de separación de poderes las que han creado deliberadamente el estado administrativo para que en el siguiente nivel, más abajo, pueda existir concentración de funciones –dictación de reglas y adjudicación, por ejemplo– dentro de las agencias administrativas. Las reglas del derecho administrativo pueden leerse entonces precisamente como un arreglo institucional que articula un compromiso ante la tensión entre estos dos niveles en que se manifiesta el principio de separación de poderes.

Los siguientes tres capítulos –que componen la segunda parte de la obra– ponen a prueba el argumento a un nivel incluso más concreto. Vermeule por un lado exhibe la fuerza de su tesis para explicar las modernas doctrinas de debido proceso administrativo en Estados Unidos (capítulo 3) y, por el otro, las doctrinas de revisión de racionalidad de la acción administrativa (capítulos 4 y 5). En estos capítulos el autor analiza con rigor y creatividad la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha ido moldeando los contornos de las relaciones entre administración y judicatura. Numerosos casos –*Chevron* (1984), *Auer* (1997), *Vermont Yankee* (1978), *State Farm* (1983), *Baltimore Gas* (1983), *City of Arlington* (2013), entre otros– son explicados a la luz de la tesis de la abnegación del derecho y en ocasiones de-construidos para mostrar la coincidencia de fondo a pesar del aparente desajuste con el marco propuesto por Vermeule. En línea con la tesis principal del libro, la conclusión de todos estos capítulos es que tanto los principios normativos como la tendencia jurisprudencial apunta a una creciente deferencia de los jueces hacia la administración tanto en materias procedimentales como respecto del control de racionalidad sustantivo.

El capítulo 6, finalmente, brevemente sostiene que la abnegación del derecho no solo expresa un principio que gobierna las relaciones entre la administración y los tribunales, sino también ayuda a explicar la importancia relativa de distintas profesiones dentro de la burocracia. De acuerdo con Vermeule, las doctrinas jurídicas que concretizan

el principio de deferencia tienen por efecto sociológico indirecto la marginalización de los abogados dentro de las agencias administrativas. El protagonismo lo toman ahora los profesionales no jurídicos, como ingenieros, científicos y economistas. El imperio del derecho retrocedería incluso en este tal vez inesperado frente, dentro del estado administrativo.

El argumento de Adrian Vermeule —quien no escribe desde una persuasión política progresista— puede resultar sorprendente para el lector hispanoamericano acostumbrado a entender el derecho administrativo como una constante y victoriosa lucha contra las inmunidades del poder burocrático encarnado en el estado administrativo⁴. Precisamente esta concepción legalista de la relación entre derecho y poder público es uno de los blancos principales del ataque del libro que reseño. De acuerdo con Shklar⁵, la ideología legalista consiste en la creencia en la superioridad del derecho frente a otros modos de ordenación social. De acuerdo con esta concepción, la historia del derecho administrativo consistiría en la creciente expansión de la legalidad o el estado de derecho cubriendo cada vez más espacios de acción del poder público. Este libro puede ofrecer un antídoto en contra de un legalismo excesivo, ofreciendo una oportunidad para reflexionar crítica y creativamente acerca de la combinación deseable entre derecho, política y administración en nuestras prácticas de gobierno.

Guillermo Jiménez Salas
University College London

⁴ Para un trabajo fundacional del legalismo en derecho administrativo, véase Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)” (1962) 38 *Revista de Administración Pública* 159.

⁵ Judith N Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials* (Harvard University Press 1986).