

LA ADMINISTRACIÓN POR AGENCIAS INDEPENDIENTES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

*Gabriel Fernández Rojas**

RESUMEN

La influencia que el sistema de Agencias Administrativas Independientes viene ejerciendo sobre las reformas que cursan en algunos de los más prestigiosos sistemas jurídicos, es un llamado de atención para investigar y comprender mejor una de las instituciones más destacadas de la tradición jurídica estadounidense. A través de este análisis, ofrecemos al lector las herramientas fundamentales que le permitan entender la naturaleza de estos órganos administrativos, su origen, su reciente evolución, su discutida adecuación a los lineamientos constitucionales, y finalmente, un completo diagnóstico del estado actual de las relaciones entre las Agencias Independientes y el presidente de los Estados Unidos.

Palabras clave: agencias independientes, agencias reguladoras independientes, Estados Unidos de América, regulación, supervisión.

ABSTRACT

The independent agencies have had a remarkable influence over administrative reforms in the most prestigious juridical systems. This fact invites us to get a better understanding of one of the most

Fecha de recepción: 16 de julio de 2003.

* Abogado javeriano. Tras haberse desempeñado como cónsul de Colombia en España, se ha especializado en derecho constitucional, administrativo, ciencia política y negociación en Madrid y actualmente culmina su tesis doctoral en la Universidad Complutense.

noteworthy juridical institutions in the american legal framework. Notwithstanding, there are some difficulties related with both their constitutional validity according to the US Constitution, and the presidential faculties for making and carrying out the public policy. By analyzing this essay, readers may achieve the fundamental tools that will allow them to understand not only the beginning of the independent agencies, but also their evolution and, finally, a complete diagnosis on the current relations between independent agencies and the United States president.

Key words: *Independent Agencies, Independent Regulatory Agencies, United States of America, Regulation, Supervision.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ORIGEN Y MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES (AAI)
- III. LA EDAD DORADA DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES (AAI)
- IV. EN BUSCA DEL CONTROL PRESIDENCIAL SOBRE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES (AAI)
- V. CONCENTRACIÓN DE FACULTADES EN TORNO AL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS: CRISIS DEL CRITERIO TRADICIONAL PARA LA CREACIÓN DE AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES (AAI)
- VI. HACIA UNA NUEVA RELACIÓN ENTRE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES (AAI) Y EL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS
 - i. Transformaciones de origen parlamentario
 - ii. Transformaciones de origen judicial
 - iii. Transformaciones de origen administrativo
- VII. PANORAMA ACTUAL DE LA RELACIÓN ENTRE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES (AAI) Y EL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS

- i. Análisis personal
 - a) Elección calificada de sus miembros directivos
 - b) Duración predeterminada del mandato
 - c) Remoción por justa causa
 - d) Incompatibilidades, inhabilidades y otras restricciones
- ii. Análisis funcional
 - a) Eficacia de las instrucciones presidenciales
 - b) Supervisión y facultades revocatorias
 - c) Representación judicial
 - d) Iniciativa legislativa
- iii. Análisis financiero

VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La administración por agencias independientes es una de las más importantes aportaciones del sistema jurídico estadounidense al derecho público contemporáneo. Su poderosa influencia sobre las reformas administrativas en los sistemas jurídicos, no sólo europeos, sino asiáticos y latinoamericanos, demuestra que la trascendencia de esta institución ha superado las fronteras del derecho norteamericano.

Sin embargo, repetidas deficiencias en la regulación y supervisión de importantes sectores productivos —comenzando por el caso *Enron*—, han generado una gran incertidumbre en los mercados —considerada como la más grave crisis económica en los Estados Unidos desde la gran depresión— y han debilitado la confianza en el sistema de administración por agencias independientes. Errores de gestión, que se suman a las críticas tradicionales contra este modelo de organización pública.

La trascendencia del modelo de administración por agencias independientes, es razón suficiente para invitar al lector especializado y al público en general, a profundizar en el análisis de la institución.

Ofrecemos este estudio del fenómeno de las agencias administrativas independientes (AAI) en los Estados Unidos, en la seguridad de que le permitirá obtener al lector una clara y completa visión de esta técnica administrativa, proporcionándole las herramientas fundamentales para comprender la razón de ser de estos órganos administrativos, su adecuación a los lineamientos constitucionales, su reciente evolución y finalmente, los vínculos que les relacionan con los organismos de gobierno.

La trayectoria de las AAI¹, ha sido determinante en el devenir de la sociedad norteamericana, y sobre ellas se ha edificado una parte significativa de las políticas de intervención pública en la economía. La tarea supervisora y reguladora de esta institución, ha brindado una amplia cobertura a los sistemas de defensa del mercado y la competencia —ICC, FTC—, en particular en el sector bancario —BGFRS, FDIC, OCC— y bursátil —SEC—, así como en los campos de las comunicaciones —FCC—, la energía —FERC, NRC—, las relaciones laborales —NLRB—, la defensa de los derechos de los consumidores —CPSC— y la protección medioambiental —EPA—.

Las tendencias académicas, jurisprudenciales y legislativas, tanto a favor como en contra de las AAI, han merecido un permanente estudio por parte de lo más destacado del pensamiento jurídico norteamericano. No obstante, la realidad de las AAI no siempre ha reflejado los esfuerzos sistematizadores de la academia², y su trayectoria obedece, en la práctica, a una serie de decisiones *ad hoc*³, fundadas principalmente en factores coyunturales de naturaleza política⁴.

La revolución industrial y el pensamiento liberal de finales del siglo XIX y comienzos del XX, contribuyeron decisivamente al surgimiento de las primeras AAI, pero pocos factores han condicionado tanto la historia de la institución, como el denominado *Progressive Movement*⁵. Su repercusión fue decisiva —y continúa siéndolo⁶— para la evolución del sistema de administración por agencias

-
- 1 Hemos compendiado bajo esta denominación una realidad relativamente homogénea —a pesar de su llamativa disparidad nominal—, que en los Estados Unidos responde a la categoría de las generalmente llamadas *Independent Agencies*, *Independent Regulatory Agencies* o *Regulatory Commissions*, como el lector podrá constatar a lo largo de esta investigación.
 - 2 No deja de ser significativa la inexistencia de un único canon oficial que contenga una relación completa de las múltiples agencias independientes.
 - 3 BREGER, M. & EDLES, G., *Established by practice: the theory and operation of independent federal agencies*, Adm. L.R. Fall 2000, págs. 1115, 1234.
 - 4 Lo cual dista de ser exclusivo del derecho estadounidense, y es propio de la evolución de muchas de las instituciones fundamentales del derecho público contemporáneo, y no sólo en los modelos jurídicos consuetudinarios. Recordemos la influencia de la coyuntura electoral francesa en el diseño de la primera descentralización funcional, o las razones que han llevado a los sucesivos gobiernos británicos a promover —hasta fechas muy recientes— la creación de los denominados *Quangos* (*quasi autonomous non governmental organisations*) para limitar el poder de las formaciones políticas regionales. Podríamos señalar con ROBINSON que “*The history of important institutions and government programs is often more one of eclectic confusion than of single-minded purpose*”. ROBINSON, G., *American Bureaucracy: Public Choice and Public Law*, University of Michigan Press, 1991, pág. 12.
 - 5 NOBLE, D., *The Progressive mind 1890-1917*, A.L.R. 1981; HABER, S., *Efficiency and uplift: Scientific management in the Progressive era 1890-1920*, A.L.R., 1964.
 - 6 HICKERSON, K., *Consumer privacy protection: a call for reform in an era of financial services modernization*, Adm. L.R. Spring 2001; HUNT, I., *It's a small world after all: the SEC's role in securities regulation globalizations*, Adm. L.R. Fall 1999; WALSH, J., *Regulatory supervision by the Securities and Exchange Commission: Examinations in a disclosure-enforcement agency*, Adm. L.R. Fall 1999; KENNARD, W., *Recent developments*.

independientes. La esencia de este movimiento de reacción contra las injerencias políticas del gobierno sobre la administración, radica en su lucha por una administración pública profesional, técnica y confiable, fundada en el análisis científico, y regida por los principios de estabilidad, eficiencia y autonomía⁷.

Posteriormente, los convulsos acontecimientos de carácter económico, bélico y social, registrados durante las primeras décadas del siglo XX, hicieron necesaria la creación de nuevas y más poderosas entidades administrativas, autorizadas para ejercer funciones tradicionalmente desempeñadas por las ramas legislativa y judicial. Si bien es cierto que las nuevas administraciones respondían a las necesidades de la época, no lo es menos, que la concentración de tales facultades —en un entorno político regido por el equilibrio y la división de poderes— ofrecía serios reparos de inconstitucionalidad. Por lo tanto, para asegurar la adecuación constitucional de las nuevas administraciones, el Congreso aprobó su creación, bajo la modalidad de órganos independientes del gobierno federal. Aquel proceso condujo a lo que podría denominarse, la edad dorada⁸ de la administración por agencias independientes en los Estados Unidos, como veremos más adelante⁹.

Más recientemente, en las últimas décadas del siglo XX, se fortalece el movimiento *unionista*, adverso a las AAI y favorable a una administración federal coordinada y controlada por el gobierno. La deficiente legitimidad democrática y la casi nula responsabilidad política de las AAI, contrastaban con su capacidad para diseñar políticas públicas, y aún más, con la facultad de hacerlo desafiando las políticas trazadas por los gobiernos democráticamente elegidos. Esto parecía —al decir de las tesis *unionistas*—, no sólo políticamente irresponsable, sino jurídicamente inconstitucional¹⁰.

Una vez culminado el siglo XX, las AAI acaban por consolidarse como un instrumento considerado jurídicamente imprescindible para la preservación del equilibrio constitucional de poderes, a pesar de haber acusado el duro golpe

Federal Agency Focus: Federal Communications Commission, Adm. L.R. Fall 1998; BERRESFORD, J., *The future of the FCC: Promote competition, then relax*. Adm. L.R. Fall 1998; LOWENSTEIN, L., *Financial transparency and corporate governance: you manage what you measure*, Columbia L.R. 1996; CARDIM DE CARVALHO, F., *The independence of central banks: a critical assessment of the arguments*, J. of P. Keyn. Econ, Winter 1995-1996.

7 BREGER & EDLES, *op. cit.*, págs. 1117-1162, 2000.

8 BREGER & EDLES, *op. cit.*, pág. 1116, 2000; CUSHMAN, R., *The independent regulatory commissions*, 61, 1972.

9 *Infra*. III. La edad dorada de las AAI.

10 BAKER, J., *Continuous regulatory reform at the Federal Trade Commission*, Adm. L.R. Fall, 1997, pág. 859; LEVY, D., *Does an independent central bank violate democracy?*, J. of P. Keyn. Econ, Winter 1995-1996, págs. 189-210; FITZGERALD, J., *Congress and the separation of powers*, Praeger Publishers, New York, 1986.

propiciado por las tesis *unionistas*, en los términos que tendremos la ocasión de examinar¹¹.

Iniciaremos nuestro análisis de las AAI, a partir de su origen, marco constitucional y progresiva consolidación (numerales II y III), para continuar con las pretensiones gubernamentales de supremacía (numerales IV y V), y culminar con las recientes transformaciones que han configurado el panorama actual de sus relaciones con el gobierno federal (numerales VI y VII).

II. ORIGEN Y MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES - AAI

Con una frágil articulación de la división de poderes, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, asignó a cada rama una función: legislativa, judicial y ejecutiva. Sin embargo, omitió cualquier declaración nítida que prohibiera la concentración de funciones públicas de diversa naturaleza en torno a una misma autoridad, a diferencia de la Constitución de Maryland de 1776 y, especialmente, de la Constitución de Massachusetts de 1780.

Por otra parte —pero en la misma línea—, la teoría clásica de la separación de poderes, pronto se consideró una formulación jurídicamente inacabada, con insuficiencias metodológicas y prácticas. Aquella teoría evolucionó y, en lugar de la rígida separación de poderes establecida en constituciones como las de Maryland y Massachusetts, se abrió paso el nuevo principio de *checks and balances* o equilibrio de poderes¹², propio de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y que estaría llamado a ser un criterio esencial, determinante de la constitucionalidad del sistema de administración por agencias independientes¹³.

Las primeras AAI, surgidas con la revolución industrial, fueron creadas para llevar a cabo importantes funciones que comprendían, desde el diseño y la ejecución de algunas políticas que reclamaban una preparación técnica especializada de muy

11 *Infra*. VI. Hacia una nueva relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos, y VII. Panorama actual de la relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos.

12 Sobre sus primeros procesos evolutivos puede consultarse SOMMER, S., *Independent agencies as article one tribunals: foundations of a theory of agency independence*, Adm. L.R. Winter, 1987, pág. 83 y sigs.; EDLEY, CH. Jr., *Administrative Law. Rethinking judicial review of bureaucracy*, Yale U., 1990.

13 *Infra*. V. Concentración de facultades en torno al presidente de los Estados Unidos: crisis del criterio tradicional para la creación de las AAI.

alto nivel, que la administración tradicional era incapaz de ofrecer¹⁴, hasta la resolución de conflictos jurídicos y técnicos, que no podían ser abordados con igual solvencia por instancias judiciales —quienes, no obstante, seguirían conservando sus atribuciones constitucionales para resolverlos en última instancia, y con carácter de cosa juzgada¹⁵—.

En 1887, es decir, cien años después de la entrada en vigor de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, se creó la *Interstate Commerce Commission* (icc), como administración competente en el ámbito federal, para regular y supervisar el funcionamiento del pujante sector ferroviario. Para tal efecto, pronto sería habilitada con facultades que la doctrina calificaría inmediatamente como *cuasilegislativas* y *cuasijudiciales*. La icc, además de ser la primera AAI, se convertiría en el modelo a seguir por las demás agencias independientes creadas a lo largo del siglo XX.

Estas nuevas administraciones federales organizadas a partir del prototipo de la icc, se diferenciarían de los departamentos y agencias ejecutivas, por adquirir —progresivamente¹⁶— una notoria independencia del gobierno.

Antes de analizar su consolidación en el orden federal, parece conveniente hacer dos precisiones relevantes, para mirar en perspectiva la historia de las AAI:

La primera, es que ya con anterioridad a su creación a nivel federal, por lo menos veinticuatro de los treinta y ocho estados existentes, habían acudido al sistema de administración por agencias independientes, tales como la *Massachusetts Board of Railroad*, establecida en 1869, o la *Illinois Railroad and Warehouse Commission*, creada en 1871, las cuales constituyeron antecedentes fundamentales para la creación posterior de AAI en el orden federal.

Y la segunda, es que el concepto mismo de *independencia* en el sistema administrativo federal se originó con mucha anterioridad a la creación de la icc. Sirva como ejemplo, nada menos que el Departamento del Tesoro, cuyos atributos de independencia frente al gobierno en 1789, casi un siglo antes de la creación de

14 BREGER & EDLES, *op. cit.*, pág. 1123 y sigs., 2000.

15 A pesar de ello, es un hecho, que en múltiples oportunidades los fundamentos probatorios aportados por algunas AAI, han llegado a convertirse en factores incontrovertibles en sede judicial.

16 Insistimos en el carácter progresivo del incremento de la autonomía de estas instituciones frente al gobierno, ya que hay que reconocer que la *icc Act* situó originalmente a la agencia dentro del ámbito de control personal, funcional y financiero de la Secretaría del Interior y le dotó con escasas facultades discrecionales. Fue sólo hasta la aprobación de la *Hepburn Act* de 1906, que la icc llegó a configurarse como agencia realmente independiente del gobierno, gracias a la influencia del *Progressive Movement*. Ella constituye un ejemplo que mantiene toda la validez descriptiva del fenómeno de las AAI, a pesar de su abolición el 31 de diciembre de 1995.

la ICC, hacían que dicha entidad no fuese considerada, en ese entonces, como un verdadero departamento ejecutivo¹⁷.

III. LA EDAD DORADA DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES - AAI

La *Interstate Commerce Commission* (ICC) abrió el camino a otras nuevas agencias como la *Federal Reserve System* (1913), la *Federal Trade Commission* (1914), la *Federal Radio Commission* (1927), la *Federal Power Commission* (1930), y tras la gran crisis de 1929, vieron la luz otras importantes AAI, entre las que pueden destacarse, por el protagonismo que estarían llamadas a desempeñar en la vida norteamericana, la *Securities and Exchange Commission* (1934), la *Federal Communications Commission* (1934), la *National Labor Relations Board* (1935), la *United States Maritime Commission* (1936) y la *Civil Aeronautics Board* (1938), entre otras.

La naturaleza técnica de las AAI, acreditó la idoneidad de la institución en el desempeño de sus funciones de regulación, supervisión y resolución de conflictos, a la vez que propició el surgimiento de nuevos organismos independientes.

Sin embargo, ello despertó también la crítica generalizada, ante el alumbramiento de un poder, caracterizado por tres elementos que, en su conjunto, parecían amenazar el orden constitucional. Estos elementos se resumen, en la escasa responsabilidad política por sus decisiones, su atomización en múltiples centros de decisión, y la potestad para actuar al margen de la orientación política del gobierno.

A partir de los años inmediatamente posteriores a la creación de las primeras AAI a nivel federal, se hizo patente el rechazo presidencial a la nueva institución. Ello se tradujo en múltiples episodios de confrontación para reconducir las AAI, a la categoría de agencias ejecutivas, cuando menos.

Especialmente desde 1908, cuando el Gobierno ROOSEVELT (1901-1909) urgió al Congreso a que situara todas las administraciones bajo la dirección de sus departamentos ejecutivos, los reclamos presidenciales con dicho fin se convertirían

17 BREGER & EDLES, *op. cit.*, págs.1117, 1123 y sigs., 2000; CALABRESI, S. and YOO, CH., *The unitary executive during the first half-century*, 47 Case W. Res. L.R., 1997, pág. 1480 y sigs.; DAVIS, K.C. and PIERCE, R. Jr., *Administrative Law Treatise* § 2.5, at 45, 3a ed., 1994; LESSIG, L., *Reading by our unitary executive*, 15 Cardozo L.R. 175, pág. 183 y sigs. 1993.

en una práctica permanente, complementada por nuevas estrategias para lograr su primacía sobre ellas.

En adelante, serían sorprendentes las argucias de los sucesivos gobiernos, a fin de garantizar la autoridad presidencial sobre las AAI. No siempre proferían simples directivas y circulares presidenciales de público conocimiento. Ciertos gobiernos elegían actuar al amparo de la discreción y el sigilo. Otros, llegaron a exigir una carta de renuncia elaborada previamente a la designación del candidato a directivo de las AAI, a fin de asegurar su fácil remoción en caso de convertirse en una autoridad administrativa incómoda para la política gubernamental. Incluso, se llegó a destituir irregularmente a los directivos de las AAI contrarias a las políticas promovidas por el Gobierno de los Estados Unidos¹⁸.

Justamente, este último supuesto dio origen a la célebre sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935, que permitirá a la Suprema Corte pronunciarse a favor de la constitucionalidad del sistema de administración por agencias o administraciones independientes.

La destitución del director de la *Federal Trade Commission* (FTC)¹⁹, WILLIAM F. HUMPHREY, fundada en su desacato reiterado a los requerimientos gubernamentales para someterse a la política presidencial, dio lugar a que, tras su fallecimiento, el albacea administrador de la herencia iniciara ante los tribunales un proceso civil declarativo contra la administración federal, exigiendo los salarios dejados de percibir desde su destitución, al haber sido cesado por causas no previstas legalmente para la destitución de los altos directivos de la agencia. La Suprema Corte profirió, con ponencia del juez SUTHERLAND y el voto unánime de la Corte, una sentencia histórica que se convertiría en la piedra angular a favor de la legitimidad constitucional de las AAI.

Para seguir manteniendo la perspectiva histórica en la valoración del fenómeno, hay que decir, sin embargo, que la sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935 no era la primera sentencia proferida por la Suprema Corte en relación con el sistema de agencias independientes. A decir verdad, *Humphrey's Executor v. United States*, constituye el contrapunto de la tesis anteriormente sostenida por la misma Corte, a través de la sentencia *Myers v. United States* de 1926. Ambas sentencias, en su conjunto, traslucen la esencia de la polémica.

18 VERKUIL, P., *Jawboning administrative agencies: Ex parte contacts by the White House*, Columbia L.R., n° 80, pág. 943 y sigs. 1980.

19 LEUCHTENBURG, W., *The case of the contentious commissioner: Humphrey's Ex'r v. United States en Freedom and reform: Essays in honor of Henry Steele*, H.M. Imán & L.W. Levy eds, 1967, págs. 278-312.

La sentencia *Myers v. United States* de 1926, sostuvo la inconstitucionalidad de una norma legal que impedía al presidente de los Estados Unidos remover libremente de sus cargos a los *executive officers*, y permitió a la Suprema Corte afirmar la supremacía presidencial sobre el poder ejecutivo y la administración. Esta sentencia le reconoció al presidente el derecho ilimitado de remoción discrecional, respecto de los titulares de los diferentes órganos de la administración federal. La sentencia significó, para algunos, un primer paso hacia la anhelada reunificación de funciones administrativas en cabeza del presidente.

Nueve años después, la sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935, matizó el alcance de aquélla, al sostener que, en ciertos casos, el poder presidencial de remoción podría verse seriamente condicionado. La Suprema Corte destacó en esta sentencia, que las competencias presidenciales de libre remoción de los cargos directivos de las agencias administrativas federales, podrían ser limitadas legalmente —sin que ello significara violentar el orden constitucional—, cuando dichas administraciones desempeñasen además, funciones de naturaleza *cuasilegislativa* —regulación— o *cuasijudicial* —resolución de conflictos técnicos y jurídicos—. De esta forma, en 1935, la Suprema Corte inauguraba el gran momento de la institución, la que podría considerarse como edad dorada de las AAI, que se prolongaría hasta las décadas finales del siglo XX, en medio de la indignación de algunos sectores defensores de las tesis *unionistas* y, especialmente, del gobierno federal —aunque parece que la intranquilidad de éste ya no es tan acentuada como entonces, según tendremos la ocasión de analizarlo posteriormente²⁰—.

IV. EN BUSCA DEL CONTROL PRESIDENCIAL SOBRE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES - AAI

La diversidad de estudios adelantados a iniciativa oficial tanto de la Presidencia como del Congreso de los Estados Unidos, relativos al fenómeno de la administración por agencias independientes, generalmente ha reflejado los dos movimientos o tendencias en torno a la institución.

Entre los estudios parlamentarios, sobresalen los correspondientes al primer y segundo informe *Hoover* de 1949 y 1953, así como el informe *Harris* de 1959 y el *Estudio del Senado sobre la regulación federal* de 1977. Todos ellos aportan reflexiones valiosas acerca de la constitucionalidad y eficacia práctica de las AAI.

20 *Infra*. VII. Panorama actual de la relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos.

Cabe destacar que los dos informes *Hoover* reconocieron la necesidad de superar la exigua —o inexistente— coordinación entre dichas administraciones y los programas políticos del poder ejecutivo. Esta crítica subyacente, que en el fondo avala las pretensiones presidenciales y las tesis *unionistas*, cobra un especial significado al proceder de estudios promovidos en sede parlamentaria y no presidencial.

A lo largo de varias décadas, han surgido, igualmente, abundantes estudios patrocinados por el Gobierno de los Estados Unidos, los cuales han sido también decisivos para configurar el nuevo equilibrio constitucional, alcanzado a partir de los años noventa. El temprano informe *Brownlow* de 1937, realizado bajo la administración ROOSEVELT, pronto se haría célebre por su severa crítica al fenómeno de la administración por agencias independientes. El informe concluye describiendo muy crudamente la realidad de las AAI, al definir las como una poderosa, descoordinada y acéfala cuarta rama del poder público, que desafía la lógica de la responsabilidad democrática y desborda gravemente el marco constitucional.

La crítica del gobierno federal se acentuaría —aún más— con el nacimiento de nuevas e importantes AAI, durante los años sesenta y setenta. Informes presidenciales como los *Redford* y *Landis* (1960), *Ash* (1971), *Grace* (1983) y *Gore* (1993), seguirían manteniendo la tesis *unionista* de la inadecuación constitucional del sistema de administraciones independientes. En su conjunto, tales informes responden a las aspiraciones gubernamentales por vincular, de una manera u otra, la mayoría de agencias independientes a la autoridad presidencial, con el fin de asegurar la supremacía del gobierno sobre la administración federal.

Para comprender las renovadas iniciativas presidenciales manifestadas a través de estos informes, es necesario recordar que algunas de las AAI originadas a lo largo de dichas décadas, como la *Equal Employment Opportunity Commission* (1964), la *Environmental Protection Agency* (1970), la *Consumer Product Safety Commission* (1972) y la *Nuclear Regulatory Commission* (1977), se crearon no sólo para regular y supervisar sectores altamente sensibles de la sociedad —lo cual, de por sí, ya reviste una gran importancia—, sino que además, gracias a la escasa densidad normativa de las leyes reguladoras, y al auge de una notable deferencia²¹ judicial, fueron revestidas de amplísimas facultades discrecionales

21 Para un mayor análisis sobre la trascendencia del fenómeno de la deferencia judicial en los Estados Unidos, puede verse KROTOSZYNSKI, R. Jr., *Why Deference? Implied delegations, agency expertise, and the misplaced legacy of Skidmore*, Adm. L.R. Spring 2002, al igual que LEVIN, R., *Mead and the prospective exercise of discretion*, Adm. L.R. Spring 2002; MANNING, J., *Constitutional structure and judicial deference to agency interpretations of agency rules*, Columbia L.R., April 1996; EDLEY, Ch. Jr., *op. cit.* y el interesante debate

que, finalmente, les conferirían competencias para diseñar aspectos muy delicados de las políticas públicas sectoriales.

Llegados a este punto, no podemos proseguir sin antes abordar un problema tan significativo para la concepción tradicional (caso *Humphrey's Executor*) del sistema de administración por agencias independientes, como es la crisis del criterio imperante hasta hace relativamente pocos años en la jurisprudencia y la doctrina, para apreciar la constitucionalidad de dichas agencias.

V. CONCENTRACIÓN DE FACULTADES EN TORNO AL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS: CRISIS DEL CRITERIO TRADICIONAL PARA LA CREACIÓN DE AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES - AAI

Recordemos que la concurrencia de facultades *cuasilegislativas* y *cuasijudiciales* en torno a un cuerpo administrativo, fue el argumento más relevante para evaluar la constitucionalidad de las AAI²² desde su nacimiento hasta su posterior consolidación.

No obstante, aquel argumento resultó extremadamente vulnerable. En efecto, la paulatina concentración en cabeza del presidente y de sus departamentos y agencias ejecutivas, de una serie de competencias que desbordan las consideradas estrictamente administrativas, y que se acercan a las denominadas *cuasilegislativas* o *cuasijudiciales*, puso de manifiesto una seria contradicción al interior mismo del sistema federal de administración, dando lugar —al decir de ciertas tesis *unionistas*— a la necesidad de suprimir o reconfigurar la institución de las AAI.

Afirman algunos críticos, que si la concentración de funciones de naturaleza *cuasilegislativa* y *cuasijudicial* fuera verdaderamente la piedra de toque característica de todas las AAI, para ser coherentes con este criterio, los departamentos y agencias ejecutivas que también las reúnen —casi todas— deberían transformarse en AAI. Para dichos críticos, las absurdas y extremas consecuencias que se seguirían, ponen de relieve lo inapropiado del criterio tradicional para avalar el sistema de administración por agencias independientes.

protagonizado en su momento por los profesores K.W. STARR, C.R. SUNSTEIN, R.K. WILLARD y A.B. MORRISON, recogido en el trabajo *Judicial Review of Administrative Action in a Conservative era*, publicado en Adm. L.R. Summer, 1987.

22 *Supra*. I. Introducción y II. Origen y marco constitucional de las AAI.

La insuficiencia del mencionado criterio tradicional se hace más patente, si se considera que algunas sentencias tempranas, como las proferidas en los casos *Aurora* (1813), *Field v. Clark* (1892), *United States v. Grimaud* (1911), *Myers v. United States* (1926), *J.W.Hampton Jr. & Co. v. United States* (1928), y *Yakus v. United States* (1944), ya habían declarado constitucionales varias leyes —principalmente arancelarias y forestales— que otorgaban al presidente de los Estados Unidos facultades que bien examinadas, podrían considerarse también *cuasilegislativas* y *cuasijudiciales*.

A la luz de dichos planteamientos, el juez SCALÍA en la célebre sentencia del caso *Synar v. United States*, proferida en 1986 por el Tribunal Federal de Apelación con sede en Washington D.C., constataba ya el progresivo deterioro de los argumentos dominantes en pro de la constitucionalidad de las AAI, tradicionalmente expuestos desde la sentencia del caso *Humphrey's Executor* de 1935. La debilidad del argumento de la acumulación de competencias como criterio central para defender la constitucionalidad del sistema de administración por agencias independientes, da paso gradualmente a la introducción de un criterio complementario que permite valorar desde una perspectiva diferente su adecuación constitucional, con el cual compartirá protagonismo hasta el día de hoy.

El nuevo criterio descansa en el principio constitucional del *checks and balances* o equilibrio real de poderes, contenido desde antiguo en la Constitución de 1787. La trascendencia de este renovado criterio para apreciar la constitucionalidad del sistema de administración por agencias independientes, ha quedado contrastada, no sólo por los tribunales, sino incluso por el Congreso, como aconteció cuando en 1993 —a pesar de estar ampliamente dominado por el partido de gobierno— se negó a modificar o suprimir aspectos esenciales de algunas AAI, como la *Federal Reserve System* (BGRFS), la *Federal Communications Commission* (FCC) y la *Interstate Commerce Commission*²³ (ICC), toda vez que, conforme a este criterio retomado de la Constitución de 1787, podría socavar el delicado equilibrio de poderes, y generar una concentración inconstitucional de facultades en torno a la rama ejecutiva del poder público.

Una vez hecha esta necesaria reflexión en torno a la crisis del criterio tradicional para evaluar la constitucionalidad de las AAI, y tras constatar el surgimiento de un importante criterio complementario para dicho fin, centraremos nuestro esfuerzo de síntesis, sobre los puntos de inflexión que han contribuido a configurar el nuevo

23 Finalmente suprimida el 31 de diciembre de 1995 y relevada en sus funciones por la *Surface Transportation Board* (STB), más próxima al gobierno y dependiente del Departamento de Transportes.

panorama del sistema de administración por agencias independientes, y sus relaciones con el gobierno federal.

VI. HACIA UNA NUEVA RELACIÓN ENTRE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES – AAI Y EL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS

La fisonomía actual de las AAI, es el fruto de algunas reformas significativas que se han ido forjando progresivamente a lo largo de las últimas décadas del siglo XX.

Estas transformaciones se evidencian a través de una serie de puntos de inflexión verificados en sede parlamentaria, judicial y administrativa.

Detenernos brevemente en ellos nos irá aproximando a una comprensión más exacta del panorama actual de las relaciones entre dichas agencias y el presidente de los Estados Unidos²⁴.

i. Transformaciones de origen parlamentario

El Congreso, a cuyo amparo ha surgido y se ha consolidado el sistema de administración por agencias independientes, introdujo en las últimas décadas dos transformaciones destacables en la trayectoria de la institución:

La primera de ellas es la masiva concesión de competencias de naturaleza *cuasilegislativa* y *cuasijudicial* en torno al presidente, especialmente a través de sus agencias ejecutivas, con la consiguiente crisis del criterio tradicional de constitucionalidad del sistema de AAI y el surgimiento del criterio complementario del equilibrio real de poderes, como se ha expuesto²⁵.

Y la segunda, ha sido la supresión de algunas administraciones independientes consideradas hasta entonces prácticamente intocables, como la *Civil Aeronautics Board* (CAB) —cuyas funciones se desplazaron a partir del 1º de enero de 1985 al *Department of Transportation*—, o la *Interstate Commerce Commission* (ICC) —pionera de la institución a nivel federal, y cuyas facultades se trasladaron a la

24 *Infra*. VII. Panorama actual de la relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos.

25 *Supra*. V. Concentración de facultades en torno al presidente de los Estados Unidos: crisis del criterio tradicional para la creación de AAI.

Surface Transportation Board (STB), integrada también en el *Department of Transportation*, en virtud de la *icc Termination Act* de 1995—.

ii. Transformaciones de origen judicial

Asimismo los tribunales, a cuyo abrigo también se consolidó el sistema de administración por agencias independientes, han contribuido al rediseño de la institución a lo largo de los últimos años del siglo XX, gracias a una creciente preocupación por amparar al gobierno en el ejercicio de sus derechos constitucionales.

La nueva tendencia que irradian los pronunciamientos jurisprudenciales de la Suprema Corte —con todo lo que ello supone²⁶—, refleja su compromiso por proteger las facultades del presidente de los Estados Unidos.

Dicho compromiso se proyecta a través de dos transformaciones radicales: de un lado, se invierte el sentido de la línea argumental, y de otro, se relaja la tradicional rigidez en la apreciación de las causas legales que limitan las facultades presidenciales para remover los altos directivos de las agencias independientes.

La primera de estas transformaciones, es decir, la inversión del sentido en que se desplaza el proceso argumental, significa que en el argumento para examinar la constitucionalidad de las AAI ya no subyace el propósito de defenderlas de la injerencia presidencial, al considerarse que ya se han consolidado institucionalmente. El nuevo razonamiento, que se iniciara con las sentencias proferidas dentro de los casos *Morrison v. Olson* de 1988 y *SEC v. Bilzerian* de 1990, se desplaza en sentido inverso, y tiene como propósito salvaguardar, en primer término, las competencias presidenciales para dirigir, diseñar y ejecutar la política pública, frente a la intervención de las administraciones o agencias independientes.

La segunda transformación o evolución jurisprudencial, es decir, la atenuación en la rigidez de los presupuestos legales que permiten al presidente remover a los altos cargos de las administraciones independientes²⁷, ha significado que las causas

26 BARKOW, RACHEL E., *More Supreme than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*, Columbia L.R., vol. 102, n° 2, 2002.

27 BREGER & EDLES, *op. cit.*, 2000, pág. 1144.

legales tradicionalmente previstas para ello, como son la grave negligencia o la mala fe en el cumplimiento del deber, puedan verse multiplicadas por vía de interpretación jurisprudencial, con la adición de causales antes desconocidas, como la frecuente y grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas o ejecutadas por las AAI²⁸.

iii. Transformaciones de origen administrativo

Antes de mirar con detenimiento el estado actual del vínculo jurídico entre las AAI y el gobierno, ha de señalarse que, en el nuevo diseño de la institución y sus relaciones con el gobierno federal, las mismas agencias independientes han protagonizado un giro que podría considerarse sorprendente, desde la perspectiva tradicional de la institución.

Este giro viene dado por el sometimiento voluntario de las AAI a las *Executive Orders* gubernamentales, con el ánimo de asegurar una mayor armonía entre sus políticas públicas²⁹ y las del gobierno. El acatamiento manifestado voluntariamente por las AAI que lo deseen, transforma en vinculantes las disposiciones contenidas en las respectivas *Executive Orders*, lo cual supone un radical cambio en la actitud de algunas de las otrora beligerantes agencias independientes, y significa un paso—desde el punto de vista de las tesis *unionistas*— hacia la consolidación de la supremacía administrativa del gobierno.

Esta transformación, que se ha ido gestando gradualmente, se manifiesta sobremanera a partir de las importantes *Executive Orders* proferidas por los gobiernos REGAN y CLINTON, cuyo objeto ha sido exigir a las AAI, un mínimo de acatamiento a las políticas públicas promovidas desde el gobierno, así como una mayor coordinación entre las diversas políticas adelantadas por un nutrido número de administraciones independientes.

Durante el mandato del presidente REGAN, tal vez las *Executive Orders* 12.291 y 12.498, de 1981 y 1985 respectivamente, hayan sido las más relevantes al respecto.

La primera de ellas, es decir, la 12.291 de 1981, pidió a las agencias no proferir normas generales de regulación sectorial, hasta tanto el proyecto de regulación

28 *Infra*. VII. Panorama actual de la relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos. ii.- Análisis funcional. a) Eficacia de las instrucciones presidenciales.

29 *Infra*. VII. Panorama actual de la relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos. ii.- Análisis funcional. a) Eficacia de las instrucciones presidenciales.

tuviera la aprobación gubernamental. La operatividad de esta *Executive Order* en particular, demandaba que las agencias sometieran a consideración y aprobación de la *Office of Management and Budget* (OMB) —que en su calidad de agencia ejecutiva actuaba como instrumento administrativo al servicio del gobierno—, un pormenorizado estudio denominado *regulatory impact analysis*, acerca de la relación *costo-beneficio*, derivada de la aplicación de las normas proyectadas por las agencias.

La segunda *Executive Order*, esto es, la 12.498 de 1985, estableció un *regulatory planning process*, a través del cual solicitó a las agencias poner a disposición del Gobierno una proyección anualizada de su actividad reguladora, para su aprobación por parte de la OMB³⁰.

Más recientemente, bajo el mandato del presidente CLINTON, la *Executive Order* 12.886 de 1993, pidió nuevamente a las agencias presentar ante la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) —integrada en la OMB—, un completo proyecto de sus planes reguladores, para asegurar su adecuación a las políticas presidenciales y garantizar, además, la coordinación de la labor reguladora entre las diferentes agencias.

La aplicación de lo dispuesto por esta *Executive Order* ha dado lugar a una mayor autoridad del presidente en sus relaciones con las AAI. Esto ha significado —al parecer³¹— una mejora en el funcionamiento del conjunto de la administración federal, a pesar de lo cual su desarrollo no ha permanecido exento de cierta crítica, por la escasa transparencia en el funcionamiento de la OIRA³².

VII. PANORAMA ACTUAL DE LA RELACIÓN ENTRE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES – AAI Y EL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS

Lo examinado hasta ahora sobre los orígenes, marco constitucional, consolidación y crisis de la institución, nos aporta una visión muy aproximada sobre la realidad

30 Para un pormenorizado estudio de este interesante fenómeno, puede verse BAKER, J., *Continuous regulatory reform at the Federal Trade Commission*, Adm. L.R. Fall, 1997; THOMAS, L.; WILDEMANN, M.; BROWN, R., *The courts and agency deregulation: limitations on the presidential control of regulatory policy*, Adm. L.R. Winter, 1987, pág. 27 y sigs.; SOMMER, S., *op. cit.*, pág. 89 y sigs.; O'REILLY, J. & BROWN, P., *In search of excellence: a prescription for the future of OMB oversight of rules*, A.L.R. Fall, 1987, y STRAUSS, P. & SUNSTEIN, C., *The role of the President and OMB in informal rulemaking*, Adm. L.R., 1986.

31 BREGER & EDLES, *op. cit.*, pág. 1198 y sigs., 2000.

32 ARAIZA, W., *Judicial and legislative checks on ex parte OMB influence over rulemaking*, Adm. L.R. Spring, 2002, pág. 615.

del fenómeno de la administración por agencias independientes y sus relaciones con el presidente de los Estados Unidos.

A efecto de contemplar en su totalidad la diversidad de factores que enriquecen y condicionan sus relaciones jurídicas, abordaremos una explicación más profunda al respecto.

Las relaciones del presidente con estas agencias, se hallan marcadas por la inexistencia de una base constitucional expresa, que sirva de argumento para fundamentar la posición presidencial como suprema autoridad administrativa dentro de la Unión³³.

No obstante, hemos visto cómo el auge del *unionismo* y su influencia sobre el conjunto de las instituciones públicas, incluidas las propias agencias independientes, parece haber moderado algunos caracteres distintivos de este sistema de administración, y redefinido las relaciones entre aquéllas y el gobierno federal, a favor de este último³⁴.

Un completo diagnóstico del estado actual de las relaciones entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos, requiere un especial esfuerzo metodológico que refleje con nitidez la esencia de las mismas, en medio de abundantes particularismos y matices de una abrumadora cantidad de agencias independientes.

Para tal efecto, proponemos tres grandes criterios expositivos, correspondientes a los análisis *personal*, *funcional* y *financiero*, que nos ayudarán a seleccionar sus elementos fundamentales.

i. Análisis personal

Las relaciones entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos desde la perspectiva que hemos denominado análisis *personal*, comprende cuatro aspectos tan relevantes como son la elección calificada de los miembros directivos, la duración predeterminada de sus mandatos, el sistema de remoción por justa causa, y el régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

33 Los artículos II.1.1, II.2.2 y II.3 de la Constitución de los Estados Unidos tan sólo hacen una ligera referencia al régimen jurídico de la administración.

34 CALABRESI, S. and Yoo, CH., *op. cit.*, pág. 1480 y sigs.; DAVIS & PIERCE, *op. cit.*, §2.5, at 45; LESSIG, L., *Readings by our unitary executive*, 15 Cardozo L. Rev., 175, pág. 183 y sigs.

a) Elección calificada de sus miembros directivos

La elección calificada de los miembros directivos es una constante que está presente en todas las administraciones federales que pueden considerarse agencias independientes. Es un rasgo importante, sin llegar a ser la característica que condiciona más drásticamente las relaciones entre las AAI y el gobierno.

Los miembros de los órganos colegiados que dirigen las AAI —denominados genéricamente *commissioners*—, son elegidos con el concurso del presidente y el Senado de los Estados Unidos, de conformidad con el sistema común de nombramiento de altos cargos para la administración federal.

Al presidente le corresponde nominar a los candidatos que aspiran a ser miembros del máximo cuerpo colegiado de las agencias, y someterlos a la consideración del Senado, que deberá confirmar o rechazar sus nombramientos³⁵. Una vez elegidos por el Senado, no podrán ser cesados por el presidente, a menos que se verifique una de las causales legalmente dispuestas para ello.

Por otra parte, es importante distinguir entre los *commissioners* o altos directivos de las agencias, y el director de las mismas, ya que, generalmente, corresponde al presidente la facultad de nombrar y remover o destituir, aquí sí con absoluta libertad, al director de las agencias independientes, seleccionándolo entre sus altos directivos.

En ciertos casos el director es un *primus inter pares*, sin facultades decisorias distintas de las que le corresponde en cuanto miembro directivo de la agencia, y es escogido por el presidente para premiar con esta dignidad la fidelidad de los directivos más cercanos al gobierno. En otros, su valor simbólico se ve reforzado en virtud de la ley, con el voto de calidad en la toma de decisiones de la agencia.

b) Duración predeterminada del mandato

Existen períodos preestablecidos relativos a la duración del mandato de los *commissioners*, que el gobierno está obligado a respetar. Esta es la más importante característica de las que condicionan verdaderamente las relaciones entre el gobierno y las AAI —desde el punto de vista *personal*—, constituyéndose en uno de los

35 No está de más recordar que el Senado tampoco puede nombrar *commissioners* o altos directivos de las AAI sin el concurso del presidente, como ha señalado la Suprema Corte a partir de la sentencia *Buckley v. Valeo* de 1976.

rasgos tradicionalmente considerados imprescindibles, para saber si estamos en presencia de una auténtica AAI³⁶.

Además, la duración del mandato suele exceder en varios años el período presidencial, y sus relevos están dispuestos de manera escalonada para permitir la renovación gradual de los miembros directivos de la institución y contribuir de esta manera, a garantizar no sólo la estabilidad de la agencia, sino la pluralidad política de sus directivos.

c) Remoción por justa causa

Como corolario de la anterior, es decir, de la existencia de un período predeterminado en el mandato de los altos directivos de las agencias independientes, la segunda de las características que realmente determinan o condicionan las relaciones entre el gobierno y las AAI, consiste en que el presidente no puede remover a los miembros directivos a su arbitrio. Al decir de los profesores K.C. DAVIS y R. PIERCE,

“La característica que más nítidamente distingue a las agencias independientes es la existencia de un límite legal al poder presidencial de remoción del director o miembros directivos de la agencia”³⁷.

Estamos pues, ante uno de los rasgos que diferencian más claramente la institución de las AAI, frente a las demás administraciones del orden federal, particularmente en contraste con las agencias ejecutivas.

La Suprema Corte ha declarado constitucionales las limitaciones a las facultades presidenciales de remoción de los miembros directivos de la administración federal³⁸. No sólo la sentencia *Humphrey's Executor v. United States* permitió consolidar esta segunda característica. Son varias las sentencias que han venido afianzando la constitucionalidad de la limitación de dichas facultades. Merece especial mención el caso *Wiener v. United States* de 1958³⁹, cuyo espíritu se

36 BREGER & EDLES, *op. cit.*, pág. 1138, 2000; SHULL, B., *Federal Reserve independence: what kind and how much?*, J. of P. Keyn. Econ, Winter 1995-1996, págs. 211-230.

37 DAVIS & PIERCE, *op. cit.*, §2.5, at 45. “The characteristic that most sharply distinguishes independent agencies is the existence of a statutory limit on the President's power to remove the head—or member— of an agency”.

38 *Supra*. III. La edad dorada de las AAI.

39 A través del caso *Wiener* la Suprema Corte concluyó que la agencia en cuestión realizaba funciones consideradas *cuasijudiciales*, y en ausencia de cláusula legal expresa, podía inferirse el propósito del legislador

mantiene vigente en sentencias más recientes, como son las proferidas dentro de los casos *FEC v. NRA Political Victory Fund* de 1993 y *Swan v. Clinton* de 1996.

Debemos tener muy presente, sin embargo, que ciertos sectores de la judicatura abogan por atenuar la rigidez de las causas legales de remoción. La influencia de las tesis *unionistas* ha posibilitado que, por primera vez en muchos años, se pueda llegar a considerar como causal de destitución, la frecuente y grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas o ejecutadas por los directivos de las AAI, en los términos que hemos mencionado⁴⁰, y sobre los cuales volveremos más adelante⁴¹.

d) Incompatibilidades, inhabilidades y otras restricciones

La mayoría de las leyes de creación de las AAI, señalan un profuso elenco de incompatibilidades e inhabilidades para los miembros de sus consejos directivos. Las incompatibilidades e inhabilidades que pesan sobre la generalidad de las administraciones federales, son reforzadas por disposiciones especiales que determinan las relaciones entre las agencias independientes y el gobierno.

A pesar de ello, se reclaman con insistencia mayores restricciones que condicionen las calidades de los candidatos gubernamentales a los altos cargos de las AAI, toda vez que su procedencia desde los sectores regulados y supervisados, cuestiona su neutralidad y propicia la captura de las agencias por parte de éstos, comprometiendo su función y razón de ser, como ha puesto en evidencia la desafortunada y larga lista de escándalos que vienen proliferando en los últimos años.

Antes de pasar al análisis funcional de las relaciones entre el gobierno y las AAI, hemos de mencionar otro elemento que nos permitirá seguir avanzando en la comprensión del fenómeno. Este último aspecto que afecta las relaciones entre el gobierno y las AAI desde una perspectiva o criterio *personal*, se traduce en la restricción legal que limita la presencia de *commissioners* afiliados a un mismo partido político, entre los altos directivos de las agencias.

de condicionar las facultades presidenciales de libre remoción de los altos funcionarios de la administración federal, mediante la exigencia de las tradicionales causas justificadas que la ley suele señalar en supuestos semejantes.

40 *Supra*. VI. Hacia una nueva relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos. iii.- Transformaciones de origen judicial.

41 *Infra*. VII. Panorama actual de la relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos. ii.- Análisis funcional. a) Eficacia de las instrucciones presidenciales.

No es necesario que los *commissioners* sean miembros de los partidos políticos, pero cuando ello sucede, la ley suele exigir que no más de la mitad pertenezcan a una misma formación, a fin de contribuir a garantizar la independencia de las agencias.

ii. Análisis funcional

La relación entre las AAI y el gobierno desde la perspectiva de un análisis *funcional*, comprende cuatro aspectos relevantes como son, la eficacia de las instrucciones presidenciales, sus competencias supervisoras y revocatorias, la representación judicial, y la iniciativa legislativa, como analizaremos en seguida.

a) Eficacia de las instrucciones presidenciales

El escaso poder vinculante que sobre las AAI tienen las disposiciones proferidas por el gobierno —básicamente *Executive Orders*—, es otro de los elementos que han permitido identificarlas con precisión, y diferenciarlas frente a las restantes administraciones federales.

La inobservancia de las órdenes presidenciales por parte de las agencias independientes, no compromete la validez jurídica de sus actuaciones, ni ha constituido —hasta el momento—, una causal suficiente para que el presidente pueda disponer la remoción de sus directivos, a pesar de que, como hemos visto⁴², esto podría estar cambiando, pues una de las consecuencias del movimiento *unionista* ha sido la progresiva aceptación —en algunos círculos judiciales—, de las tesis que consideran como *causa justificada* para la remoción de sus directivos, la grave y reiterada discrepancia entre el gobierno y las AAI, en el diseño y ejecución de la política pública⁴³.

Asimismo, conviene recordar nuevamente⁴⁴, que la poca fuerza vinculante de las disposiciones presidenciales sobre las AAI, ha sufrido una progresiva

42 *Supra*. VI. Hacia una nueva relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos. ii.- Transformaciones de origen judicial.

43 BREGER & EDLES, *op. cit.*, pág. 1144, 2000; SUNSTEIN, C.R., *The President and the Administration*, Columbia L.R., pág. 110 y sigs., 1994; STRAUSS, P., *The place of agencies in government: Separation of powers and the Fourth Branch*, 84, Columbia L.R., 573, 1984, pág. 615.

44 *Supra*. VI. Hacia una nueva relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos. iii.- Transformaciones de origen administrativo.

transformación a favor de la autoridad presidencial, originada en la decisión voluntaria de algunas administraciones independientes, de adecuar sus políticas a las trazadas por el presidente de los Estados Unidos.

b) Supervisión y facultades revocatorias

El deber presidencial de supervisión, es otro de los instrumentos que le permiten al gobierno ejercer una gran influencia en sus relaciones con las administraciones o agencias independientes.

Al presidente le corresponde realizar completas tareas de supervisión, para garantizar la legalidad de las actuaciones de las agencias en la práctica totalidad de ámbitos relevantes, los cuales van desde la ejecución presupuestaria y el uso de las dependencias y bienes públicos, hasta el desarrollo de sus políticas laborales y de recursos humanos. Para tal efecto, el gobierno dispone de la colaboración de algunas de sus agencias ejecutivas, entre las cuales se destacan la *Office of Management and Budget* (OMB), la *General Services Administration* (GSA), y la *Office of Personnel Management* (OPM).

Por otra parte, la relación del presidente con las AAI, se caracteriza por la ausencia, casi absoluta, de facultades que le permitan revocar las disposiciones particulares proferidas por aquéllas, y por la imposibilidad de ejercer, de esta forma, un control *a posteriori* sobre las agencias independientes.

La importancia de esta variable, que disminuye la influencia presidencial sobre las agencias y contribuye a configurar su autonomía, se verifica no sólo frente al gobierno, sino que también se evidencia —dicho sea de paso— mediante la imposibilidad que tiene el Congreso de revocar las decisiones particulares proferidas por ellas, como quedó de manifiesto desde el fallo emitido por la Suprema Corte, con ocasión del caso *Immigration and Naturalization Service (INS) v. Chadha* de 1983.

c) Representación judicial

Durante las primeras décadas del siglo XX, la mayoría de las AAI gozaron de poder autónomo para defenderse y comparecer por sí mismas ante los tribunales.

Con el transcurrir de los años, ello ha cambiado, y como regla general en la administración federal contemporánea, la dirección de la política de representación

de las agencias ante los tribunales, descansa en las facultades que para tal efecto le han sido otorgadas al gobierno, a través de su *Attorney General*⁴⁵.

Sin embargo, excepcionalmente el legislador ha permitido que ciertas AAI, como la *Federal Communications Commission* (FCC), la *Security and Exchange Commission* (SEC), la *Nuclear Regulatory Commission* (NRC) y la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), entre otras, asuman directamente su representación judicial ante determinadas instancias, y bajo los supuestos materiales y procesales señalados en la ley.

d) Iniciativa legislativa

Para culminar este recorrido a lo largo de los elementos que determinan las relaciones entre el gobierno y las AAI desde una óptica *funcional*, debemos puntualizar que la legislación vigente concede al presidente de los Estados Unidos, como norma general, la competencia para conocer y modificar los proyectos de ley realizados por las agencias, con anterioridad a su presentación parlamentaria, a efectos de armonizar su contenido con las políticas gubernamentales.

A pesar de ello, diversas disposiciones legales entre las cuales sobresale el *United States Code*, establecen al respecto varias excepciones de importancia. Tal es el caso de algunas AAI como la *Security and Exchange Commission* (SEC), el *Board of Governors of the Federal Reserve System* (BGFRS) y la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), habilitadas para presentar directamente al Congreso sus proyectos de ley, sin que el presidente pueda hacerles ningún tipo de requerimiento, a efectos de conocer, revisar o aprobar sus contenidos, antes de su radicación en las comisiones parlamentarias.

iii. Análisis financiero

Finalmente, la relación entre las AAI y el gobierno desde la perspectiva de un análisis *financiero*, gira en torno a dos elementos fundamentales cuya mención nos permitirá comprender sin dificultad, la gran importancia de este factor en el panorama actual de sus relaciones: el primero, es que del contenido del proyecto de presupuestos federales depende en gran medida no sólo el funcionamiento, sino la existencia misma del sistema de administración por agencias independientes; el segundo es

45 DEVINS, N., *Unitariness and independence: Solicitor General Control Over Independent Agency Litigation*, Cal. L.R., n° 82, págs. 255, 278, 1994.

que la competencia para confeccionar, presentar y defender posteriormente dicho proyecto ante el Congreso, suele corresponder al gobierno de los Estados Unidos.

Para elaborar los presupuestos, el gobierno actúa principalmente a través de su *Office of Management and Budget* (OMB) —también coordinadora de la regulación general proferida por las AAI⁴⁶—, quien recibe los proyectos presupuestarios presentados por las agencias, y los aprueba, transforma o suprime, para adecuarlos a las prioridades y políticas presidenciales.

Entre las múltiples AAI, tal vez la *Security and Exchange Commission* (SEC) y la *Federal Trade Commission* (FTC) —dos de las más prestigiosas agencias independientes—, sean los ejemplos más diáfanos del implacable control gubernamental que puede llegar a ejercerse sobre ellas, a través del diseño y asignación presupuestaria.

Hasta el año 2002 las AAI han experimentado una importante disminución presupuestaria, lo cual se ha interpretado como una forma de llamar al orden a las menos afines con las políticas presidenciales. Sin embargo no es un fenómeno novedoso, y casos como el cese de actividades en 1980 de la *Federal Trade Commission* (FTC) por falta de presupuesto, o las plazas vacantes en la *Consumer Product Safety Commission* (CPSC) desde 1987, por falta de recursos, ilustran la relevancia del elemento financiero como una variable fundamental en las relaciones entre ellas y el gobierno federal.

Por otra parte la ley suele también reconocer a algunas administraciones independientes, la antigua prerrogativa⁴⁷ de enviar y defender directamente ante el Congreso sus proyectos presupuestarios, con todo lo que ello supone para diseñar y desarrollar una política pública de regulación y supervisión independiente del gobierno. Este es el caso de importantes agencias como la *Federal Communications Commission* (FCC), el *Board of Governors of the Federal Reserve System* (BGFRS), la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) y la *Commodities Trading Futures Commission* (CFTC), que presentan directamente ante el Congreso sus proyectos presupuestarios, sin que éstos puedan ser previamente examinados por el gobierno federal —si bien tiene derecho a conocerlos, simultáneamente a su radicación ante el Congreso—.

46 *Supra.* VI. Hacia una nueva relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos. iii.- Transformaciones de origen administrativo.

47 Antes de la *Budget an Accounting Act* de 1921, que crea el *Bureau of Budget* —inmediato precedente de la OMB y con similares tareas de coordinación—, todas las AAI sometían directamente sus presupuestos al Congreso para su estudio y eventual aprobación.

El gobierno conserva, en todo caso, intactas sus facultades para controvertir y cuestionar en sede parlamentaria, la totalidad de los proyectos presupuestarios presentados por las diversas AAI.

Además de la vía presupuestaria, algunas AAI disponen de fuentes privadas de financiación, que corresponden, principalmente, a los ingresos que éstas perciben por los servicios realizados en régimen de contraprestación.

El caso más destacado de financiación privada de las AAI es, probablemente, el del *Board of Governors of the Federal Reserve System* (BGFRS), cuya más importante fuente de recursos son las tasas que percibe de los bancos miembros del sistema federal, convirtiéndole en una agencia con un régimen extraordinario, que, a su vez, le permite incrementar considerablemente, su cota de independencia frente al gobierno.

Por último, y tras haber analizado el panorama actual de la relación entre las AAI y el presidente de los Estados Unidos a través de tres grandes criterios expositivos, correspondientes a los análisis *personal*, *funcional* y *financiero*, debemos insistir en que, una vez finalizado el siglo XX, y a pesar de las grandes reformas que han reconfigurado la institución —o gracias a ellas—, parece claramente consolidado el sistema de administración por agencias independientes.

Las modificaciones introducidas en las décadas anteriores para armonizar sus competencias con las presidenciales, al igual que su protagonismo como garantía del principio constitucional del equilibrio de poderes, le han permitido conservar y fortalecer su lugar decisivo en el derecho público estadounidense.

Asimismo, hay que señalar un hecho relativamente novedoso en el proceso de consolidación de las AAI, que se desprende de una reciente tendencia surgida en el seno del gobierno federal en los últimos años. Tal hecho consiste en que, a pesar de su lucha por recuperar el control sobre las agencias independientes, el gobierno parece haber descubierto —no sin cierta ironía, como lo hacen constar algunos analistas—, una especial utilidad política tanto en la preservación de un moderado sistema de AAI, como en la defensa de su constitucionalidad⁴⁸.

La razón por la cual el propio gobierno no se muestra radicalmente partidario de consolidar en forma definitiva su control sobre la administración federal, a

48 BREGER & EDLES. *Op. cit.* p.1235. 2000; COHEN, D. *Congressional review of agency regulations*. Adm. L. R. Winter 1997. págs.105, 110; FITTS, M. *The paradox of power in the modern state: Why a unitary, centralized presidency may not exhibit effective of legitimate leadership*. 144 U. Pa. L. R. 827, 901. 1996.

través de la reconducción de las administraciones a la unidad en torno al presidente, parece hallarse en dos fundamentos: por una parte, la confianza que deposita en su capacidad de persuasión real sobre ellas, mediante una elaborada y sutil política, que podría considerarse de alianza y negociación; y, por otra, en la posibilidad — nada despreciable— de difuminar las responsabilidades políticas gubernamentales.

Confiamos en que todas estas reflexiones, expuestas con el fin de hacer partícipe al lector de la controversia que rodea el sistema de administración por agencias independientes, permitan alentar el creciente interés por el conocimiento de una de las instituciones más relevantes del derecho público estadounidense.

No en vano, el devenir del modelo de administración por agencias independientes seguirá siendo uno de los principales retos del derecho público contemporáneo, y el interés que han venido despertando las AAI en la gestación de las reformas administrativas que cursan actualmente en los más prestigiosos sistemas jurídicos, ofrece razones suficientes para afirmar que, directa o indirectamente, su influencia continuará expandiéndose.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARAIZA, W., *Judicial and legislative checks on ex parte OMB influence over rulemaking*, Adm. L.R. Spring 2002.
- BAKER, J., *Continuous regulatory reform at the Federal Trade Commission*, Adm. L.R. Fall 1997.
- BERRESFORD, J., *The future of the FCC: Promote competition, then relax*, Adm. L.R. Fall 1998.
- BREGER, M. & EDLES, G., *Established by practice: the theory and operation of independent federal agencies*, Adm. L.R. Fall 2000.
- CALABRESI, S. and YOO, CH., *The unitary executive during the first half-century*, 47 Case W. Res. L.R. 1997.
- CARDIM DE CARVALHO, F., *The independence of central banks: a critical assessment of the arguments*, J. of P. Keyn. Econ. Winter, 1995-1996.
- COHEN, D., *Congressional review of agency regulations*, Adm. L.R. Winter, 1997.
- CUSHMAN, R., *The independent regulatory commissions*, A.U.R. 61, 1972.
- DAVIS, K.C. and PIERCE, R. Jr., *Administrative Law Treatise*, 3ª ed., 1994.
- DEVINS, N. *Unitariness and independence: Solicitor General Control Over Independent Agency Litigation*, Cal. L.R. nº82, 1994.

- EDLEY, CH. JR., *Administrative Law. Rethinking judicial review of bureaucracy*, Yale U., 1990.
- FITTS, M., *The paradox of power in the modern state: Why a unitary, centralized presidency may not exhibit effective of legitimate leadership*, 144 U. Pa. L.R., 1996.
- FITZGERALD, J., *Congress and the separation of powers*, Praeger Publishers, New York, 1986.
- FLEMING, A. and MWENDA, K., *International developments in the organizational structure of financial services supervision*, I-II. J.I.B.L. Issue 12-1, Sweet & Maxwell, 2001-2002.
- FROOMKIN, M., *In defense of administrative agency autonomy*, Yale L.J., 1987.
- HABER, S., *Efficiency and uplift: Scientific management in the Progressive era 1890-1920*, A.L.R., 1964.
- HICKERSON, K., *Consumer privacy protection: a call for reform in an era of financial services modernization*, Adm. L.R. Spring, 2001.
- HUNT, I., *It's a small world after all: the sec's role in securities regulation globalizations*, Adm. L.R. Fall, 1999.
- KENNARD, W., *Recent developments. Federal Agency Focus: Federal Communications Commission*, Adm. L.R. Fall, 1998.
- KROTOSZYNSKI, R. Jr., *Why Deference? Implied delegations, agency expertise, and the misplaced legacy of Skidmore*, Adm. L.R. Spring, 2002.
- LESSIG, L., *Reading by our unitary executive*, 15 Cardozo L.R., 175, 1993.
- LEUCHTENBURG, W., *The case of the contentious commissioner: Humphrey's Ex'r v. United States en Freedom and reform: Essays in honor of Henry Steele*, H.M. Imán & L.W. Levy Eds., 1967.
- LEVIN, R., *Mead and the prospective exercise of discretion*, Adm. L.R. Spring, 2002.
- LEVY, D., *Does an independent central bank violate democracy?*, J. of P. Keyn. Econ. Winter, 1995-1996.
- MANNING, J., *Constitutional structure and judicial deference to agency interpretations of agency rules*, Columbia L.R, April 1996.
- MCDONOUGH, W., *An independent central bank in a democratic country: the Federal Reserve experience*, Fed. R.B. of N.Y. Q. Rev., vol.19, n°1, 1994.
- MILLER, G., *Independent agencies*, Sup. Ct. Rev. 41, 1986.
- MOHAMED, S., *A single regulator for the E.C. financial market*, J.I.B.L. Issue 8 & 9. Sweet & Maxwell, 2001.
- NOBLE, D., *The Progressive mind 1890-1917*, A.L.R., 1981.

- O'REILLY, J. & BROWN, P., *In search of excellence: a prescription for the future of OMB oversight of rules*, A.L.R. Fall, 1987.
- ROBINSON, G., *American Bureaucracy: Public Choice and Public Law*, University of Michigan Press, 1991.
- SOMMER, S., *Independent agencies as article one tribunals: foundations of a theory of agency independence*, Adm. L.R. Winter, 1987.
- STRAUSS, P., *The place of agencies in government: Separation of powers and the Fourth Branch*, 84, Columbia L.R. 573, 1984.
- SARGENTICH, T., *The contemporary debate about legislative-executive separation of powers*, 72 Cornell L.R. 430, 1987.
- STRAUSS, P. & SUNSTEIN, C., *The role of the President and OMB in informal rulemaking*, Adm. L.R., 1986.
- THOMAS, L.; WILDEMANN, M.; BROWN, R., *The courts and agency deregulation: limitations on the presidential control of regulatory policy*, Adm. L.R. Winter, 1987.
- VV.AA., *Symposium: The independence of Independent Agencies*, Duke L.J. 215, 1988.
- VV.AA., *Judicial Review of Administrative Action in a Conservative era*, Adm. LR. Summer, 1987.
- VV.AA., *A symposium on administrative law: the uneasy constitutional status of the administrative agencies*, 36 Am. U.L.R., 277, 1987.
- VERKUIL, P., *Jawboning administrative agencies: Ex parte contacts by the White House*, Columbia L.R, n°80, 1980.
- WALSH, J., *Regulatory supervision by the Securities and Exchange Commission: Examinations in a disclosure-enforcement agency*, Adm. L.R. Fall, 1999.

