

LA PRIVATIZACIÓN, LA DESREGULACIÓN Y EL INTERÉS PÚBLICO: UN ANÁLISIS COMPARADO¹

ALFRED C. AMAN, JR.²
Indiana University (Estados Unidos)

Cómo citar/Citation

Aman Jr., A. C. (2021).
La privatización, la desregulación y el interés público: un análisis comparado.
Revista de Administración Pública, 214, 295-336.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.12>

Resumen

En el presente trabajo se analizan los elementos estructurales del derecho administrativo en los Estados Unidos de América, como son la desregulación y la privatización, que definen la singular relación entre Estado y sociedad en ese país. El análisis se centra en los límites a la privatización en distintos sectores (prisiones, agua, asistencia sanitaria) desde una perspectiva comparada con España. Desde una posición crítica con la mercantilización y la hegemonía de lo económico, se plantean alternativas para una reforma del derecho administrativo que permitan un funcionamiento más democrático e inclusivo de las instituciones públicas.

¹ Este artículo tiene su origen en una serie de conferencias impartidas en la Universidad Carlos III de Madrid como parte del programa de Cátedras de Excelencia UC3M-Santander entre octubre y diciembre de 2019.

Traducción a cargo de Manuel Fernández Salmerón, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia, en el marco de la investigación desarrollada en la *Maurer School of Law* de la Universidad de Indiana, Bloomington (Estados Unidos), durante el curso académico 2019/2020, gracias a la beca otorgada al efecto por la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia, al amparo del programa «Ayudas a la realización de estancias de investigadores de la Región en centros internacionales 2019». También han colaborado en la traducción José Vida Fernández, profesor titular de Derecho Administrativo, y Omar Ciceri Pizo, investigador contratado predoctoral de la Universidad Carlos III de Madrid.

² Roscoe C. O'Byrne Professor of Law, Maurer Law School.

Palabras clave

Regulación; desregulación; privatización; derecho comparado; derecho de los Estados Unidos; prisiones; servicios de abastecimiento de agua; asistencia sanitaria; reforma administrativa.

Abstract

This paper analyzes the structural elements of Administrative Law in the United States of America, such as deregulation and privatization, which define the particular relationship between State and Society in that country. The analysis focuses on the limits to privatization in some sectors (prisons, water, health care) using a comparative approach with Spain. From a critical position with the marketization and hegemony of economics, alternatives are proposed for a reform of the Administrative Law that allows a more democratic and inclusive functioning of the governmental institutions.

Keywords

Regulation; deregulation; privatization; comparative law; US Law; prisons; water services; health care; law reform.

SUMARIO

I. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DEMOCRACIA: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS: 1. Introducción. 2. Neoliberalismo al estilo americano. 3. La disfunción legislativa. 4. El Poder Ejecutivo. II. LOS LÍMITES DE LA PRIVATIZACIÓN Y LA DESREGULACIÓN: LAS PRISIONES, EL AGUA Y LA ASISTENCIA SANITARIA: 1. Introducción. 2. Aspectos generales de la comparación: 2.1. *El liberalismo «integrado» y «no integrado»*. 2.2. *Diferencias constitucionales*. 2.3. *Diferencias regionales/nacionales*. 3. Tres casos concretos: 3.1. *Prisiones*. 3.2. *Agua*. 3.3. *Asistencia sanitaria*. III. EL FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: UNA REFLEXIÓN A TRAVÉS DEL JAZZ: 1. El jazz del derecho. 2. El potencial de reforma. 3. Propuestas legislativas: 3.1. *El déficit democrático*. 3.2. *El déficit de transparencia*. 4. Argumentos para una intervención sustantiva: 4.1. *Equidad constitucional: excepciones a las normas*. 4.2. *Excepciones regulatorias*. 4.3. *Legislación correctiva*.

I. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DEMOCRACIA: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

1. INTRODUCCIÓN

Existe en los Estados Unidos, hoy en día, una omnipresente sensación de crisis. Las instituciones democráticas del Estado federal se ven desafiadas, obstaculizadas por los conflictos y, en algunos casos, incluso transformadas por los ataques a las reglas políticas y éticas tradicionales. Se ha producido un procedimiento de destitución (*impeachment*) del Presidente que, finalmente, fue rechazado por el Senado³. Existe una preocupación generalizada por la polarización política en todo

³ El *impeachment* es, en efecto, un juicio político contra el Presidente, previsto en la Constitución de los Estados Unidos, que puede concluir con su destitución. Solo tres presidentes norteamericanos han sido acusados en el marco de este procedimiento: Andrew Johnson, Bill Clinton y Donald Trump. Richard Nixon dimitió a raíz del escándalo Watergate, inmediatamente antes de que se iniciara su acusación. Todos han resultado finalmente absueltos (*acquitted*) por el Senado. [N. del T.]

el país. El futuro es incierto y muchos analistas culpan al Gobierno de Donald Trump —o al propio Trump— de la situación actual. Habría mucho que decir al respecto. Tanto los críticos como los partidarios reconocen que muchas de sus posiciones han sido extremas. Comparto esa opinión, pero creo que un análisis más detallado nos revela una historia más compleja.

Resulta especialmente relevante, en mi opinión, que el Gobierno de Trump haya puesto a las agencias de la Administración federal en el centro de su agenda política interna, avanzando en los procesos de desregulación y privatización, y adoptando pasos inusuales para revertir las políticas de los Gobiernos anteriores. Bajo el actual Gobierno, gran parte del Estado federal ha sido vaciado, ya sea deshaciendo las reformas legales puestas en marcha por los Gobiernos precedentes, ya sea descuidando abiertamente las tradiciones normativas asociadas con el fondo y el proceso de regulación.

La principal cuestión a destacar en este primer estudio es la importancia vital de las agencias federales como instrumentos para garantizar la democracia en los Estados Unidos. Se deberían tomar en serio los ataques de la Administración Trump a —y a través de— las agencias, tanto para clarificar la estrategia política de este Gobierno como para situarla en un contexto histórico más amplio. Creo que existen dos factores contextuales que son incluso más determinantes que la presidencia de Trump, por muy impactante que esta haya sido. Un primer factor se relaciona con nuestra cultura política. Los Estados Unidos han adoptado una visión particular del neoliberalismo, una visión que no contempla casi ningún límite al mercado en términos de lo que se puede comprar y vender, y que suscribe ampliamente la creencia de que el mercado es inherentemente democrático y democratizador. El otro factor se refiere a nuestra estructura política. El Congreso está persistentemente atrapado en sus propios bloqueos. Ambos factores se han desarrollado en las últimas décadas, con importantes consecuencias que afectan al Poder Ejecutivo en la teoría y en la práctica. Como presidente, Donald Trump puede haber llevado al Poder Ejecutivo más allá de sus límites tradicionales, tal y como reconocerían muchos de sus partidarios y detractores, pero el inicio de ese proceso se puso en marcha mucho antes de su elección en 2016.

Al final del libro de Grant Gilmore de 1974, *The Ages of American Law*, el autor escribe: «En el cielo no existirá el Derecho y el león se recostará con el cordero. En el infierno no existirá nada más que el Derecho y las garantías procesales⁴ se observarán meticulosamente». Puede ser incluso peor hoy. ¿Vivimos en un mundo en el que la diferencia entre ese cielo y ese infierno metafóricos, como los describe Gilmore, está en proceso de desaparecer?

⁴ La cita literal de la obra de Gilmore se refiere a la cláusula del *due process of law* (procedimiento debido), una garantía constitucional del derecho administrativo norteamericano, prevista en la 5ª y 14ª Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos. [N. del T.]

Mi principal preocupación se refiere al potencial para la renovación democrática. Me centraré en tres temas interrelacionados: 1) la experiencia de los Estados Unidos con el neoliberalismo, 2) las fuentes de la disfunción legislativa, y 3) la relevancia de las agencias en los problemas actuales del Poder Ejecutivo. En nuestro contexto actual de transformación y disfunción en los Estados Unidos utilizo el estudio comparado como una fuente de nuevas ideas y, francamente, con la esperanza de que un conjunto de herramientas analíticas más amplias ofrezca una renovada sensación de nuevas oportunidades, en particular por lo que se refiere al derecho administrativo.

2. NEOLIBERALISMO AL ESTILO AMERICANO

Permítasenos comenzar con el neoliberalismo al estilo americano. El neoliberalismo se incorporó al discurso político mayoritario con una visión particular de la globalización como competencia económica extranjera. El resultado es un discurso con tres vertientes: 1) atribuir la «globalización» a los asuntos exteriores y, por lo tanto, al Poder Ejecutivo; 2) concebir la globalización casi exclusivamente en términos económicos y, por lo tanto, integrar la globalización con la competencia del mercado; y 3) presentar el neoliberalismo como una estrategia de desregulación y mercantilización de modo que permita entrar en el mercado global con las mínimas cargas. El efecto ha sido el de privilegiar una visión casi exclusivamente económica de la regulación, reduciendo a los ciudadanos a la condición de consumidores y concibiendo el interés público de un modo que convierte la eficiencia en la condición necesaria de la justicia social. Los costes y beneficios se calculan casi exclusivamente en términos monetarios, incluso cuando están en juego cuestiones de vida o muerte, como ocurre con el medio ambiente, la inmigración y otras cuestiones relacionadas con la salud y seguridad (entre otras).

Es la lucha contra este escenario por lo que analizo la experiencia de los Estados Unidos con la privatización y la desregulación. Es importante señalar que la privatización se ha defendido políticamente en los Estados Unidos como una forma de reducir el tamaño del Estado (para muchos estadounidenses, algo deseable en sí mismo), pero, tal y como se ha practicado, la privatización amplía, en realidad, el tamaño y el alcance del Estado, al incorporar a actores privados como sus agentes reguladores. Creo que la relevancia del Estado en los procesos de privatización y desregulación se aprecia mejor en España que en los Estados Unidos, porque en este último esos términos tienden a entenderse (o tal vez a malinterpretarse) como elementos de un contraste binario: lo público *versus* lo privado, la regulación *versus* los así llamados «efectos naturales del mercado».

Digo «malinterpretarse» porque, en los Estados Unidos, ciertos tipos de privatización —la externalización, por ejemplo— siguen estando muy vinculados con el Estado: el establecimiento de condiciones contractuales que incluyen

estándares, procedimientos de supervisión, responsabilidad⁵ y condiciones para resolver o modificar contratos. Desde este punto de vista, la privatización es una forma de regulación que orienta los fines de la intervención pública hacia los medios del sector privado, confiando en gran medida en el mercado y en los proveedores del mercado, en particular en los Estados Unidos, donde está ampliamente asumido que la privatización es más eficiente y arroja mejores resultados en comparación con los servicios públicos. Se trata de supuestos cuestionables, no obstante lo cual, en muchas circunstancias en los Estados Unidos, la línea entre recursos y fines públicos y privados se ha vuelto, jurídicamente, tan difusa que uno puede preguntarse si sigue existiendo una distinción entre los intereses públicos y los privados, al menos desde el punto de vista del derecho.

Hay muchos contextos y razones diferentes para optar por la privatización y la desregulación. En los Estados Unidos, por ejemplo, la titularidad pública integral de servicios públicos o empresas es extremadamente rara. La privatización en los Estados Unidos casi siempre se refiere a la externalización (o «contratación externa»). A veces se utilizan modelos empresariales privados para gestionar entidades públicas, como el Servicio de Correos de los Estados Unidos⁶ (una empresa de propiedad estatal), pero, en la mayoría de los casos, privatización es sinónimo de externalización. Esto significa que, aunque el propósito de la privatización sea público, la entidad que lleva a cabo las funciones públicas especificadas en el contrato es privada.

Las decisiones sobre el contenido de esos contratos y las decisiones sobre quiénes pueden participar en el procedimiento de contratación suelen permanecer restringidas y quedar ocultas a la vista del público. Los posibles derechos de terceros interesados y del público en general no suelen formar parte del paisaje. Por esta razón, entre otras, como explicaré de forma detallada más adelante, la privatización corre el riesgo de crear un importante déficit democrático. A mi juicio, para hacer frente al déficit democrático es preciso reflexionar de nuevo no solo sobre la privatización y sus límites, sino también sobre la naturaleza misma de la globalización tal y como es concebida por el neoliberalismo estadounidense. Creo que deberíamos dejar de lado la idea de la globalización como un ámbito de competencia económica internacional —una imagen que es prominente en el neoliberalismo estadounidense— y pasar a otra fundamentada en la cooperación internacional. Tal y como explicaré, repensar la globalización desde el punto de vista de sus fuentes internas —es decir, el derecho administrativo y la normativa nacional— ofrece un mejor análisis del déficit democrático, así como una explicación más satisfactoria de sus posibilidades democráticas y alternativas políticas.

⁵ Nos encontramos a lo largo del texto con el término *accountability*, otra acreditada expresión tradicionalmente carente de una equivalencia unívoca en español. Hemos considerado que, siendo más general y omnicomprendensiva, «responsabilidad» expresa perfectamente, en la mayor parte de las ocasiones, la idea que trasluce el discurso del autor. [N. del T.]

⁶ *U.S. Post Office*.

Pienso que el derecho administrativo y la normativa doméstica son la *cara interna de la globalización*⁷.

Un mito común sobre la privatización en los Estados Unidos es que se trata de un juego de suma cero: si se privatiza más, se tiene menos gobierno y viceversa. Este mito entró en el discurso público en la década de los ochenta, con la globalización. Desde entonces, la economía neoliberal se ha convertido en una forma de pensamiento *social* que ha calado en las agencias de los Estados Unidos con verdadera pasión. El resultado ha sido la creciente sustitución del discurso político o jurídico por otro económico, lo que plantea como una cuestión trascendental si la idea de justicia se está quedando subsumida en (sumergida dentro de) la economía. Este punto es bien captado por la profesora Wendy Brown, en su libro *Undoing the Demos*, donde argumenta que: «La razón neoliberal [...] está transformando el carácter, el significado y el funcionamiento característicamente políticos de los elementos constitutivos de la democracia por otros económicos [...] Las instituciones y los principios destinados a asegurar la democracia, las culturas necesarias para alimentarla, las energías precisas para animarla y los ciudadanos que la practican, la cuidan o la desean, todo ello se ve amenazado por la neoliberal “mercantilización” de la vida política y de otras esferas y actividades no económicas»⁸. La idea de Brown de la «“mercantilización” neoliberal de la vida política y de otras esferas y actividades no económicas» apunta directamente a mis inquietudes.

El crecimiento de la desregulación en los Estados Unidos, desde los años ochenta, ha corrido paralelo a la aceptación generalizada de una concepción neoliberal de la globalización. El discurso imperante pareció dar a entender que la globalización pertenecía al ámbito de las relaciones exteriores. La idea de la globalización como una intrusión de lo extranjero en el espacio nacional intensificó el interés político por la liberalización (como forma de contener los costes para el Estado y, de ese modo, racionalizar la competitividad). Esta concepción de la globalización como un enfrentamiento que hay que ganar o perder tendía a privilegiar la autoridad constitucional del Presidente en el ámbito de las relaciones exteriores, aglutinando, de hecho, los asuntos internos y los exteriores bajo el único paraguas de la *seguridad nacional*. La seguridad nacional es quizá el mandato más fundamental que nuestra Constitución asigna al Poder Ejecutivo, dado el papel del Presidente como Comandante en Jefe. Esto significa que, a medida que se intensifica la competencia global, el poder presidencial tiende a crecer tanto en los asuntos internos como en los externos.

Esta visión de la globalización como una forma de agresión indirecta en un escenario de seguridad mundial es cuestionable, al igual que las premisas y supo-

⁷ El autor utiliza la expresión «domestic face of globalization», que resulta mucho más expresiva. [N. del T.]

⁸ Wendy Brown (2017), *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, Cambridge, MA: The MIT Press, pág. 17.

siciones que se derivan de ella. Tres consideraciones rápidas se pueden plantear en este punto: 1) No necesitamos aceptar la idea de que los mercados globales implican una disputa esencial originada extraterritorialmente. Mi propia visión de la globalización comienza con el papel del derecho y la política nacionales para responder a las necesidades humanas de manera justa y cooperativa a nivel mundial. 2) Además, en la visión del derecho internacional convencional se asume que la globalización es un asunto que opera de arriba abajo, los nacionales contra los extranjeros en una carrera por controlar los términos de la homogeneidad global. En cambio, la perspectiva que yo adopto es multilateral, teniendo en cuenta las esferas en las que el derecho interno y las comunidades locales se ven desafiados y, con demasiada frecuencia, atrapados. 3) La perspectiva del derecho internacional convencional conlleva un déficit de democracia, al apoyarse en gran medida en el Poder Ejecutivo y en la gobernanza empresarial como medios y fines. Mi opinión, en cambio, trata de hacer avanzar la democracia reconociendo al Poder Legislativo como parte importante de la infraestructura jurídica de la globalización y tomando en serio los valores previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo⁹ (valores que incluyen la justicia, la transparencia, la cualificación, la participación pública y la responsabilidad). En resumen: necesitamos más, no menos, elaboración de normas a nivel nacional para hacer avanzar la democracia.

La convergencia de lo económico y lo político en los Estados Unidos, impulsada en parte por un concepto de globalización como competencia económica internacional, ha acelerado el crecimiento de un Poder Ejecutivo sin control, al tiempo que ha desplazado el poder del Legislativo hacia el Presidente y la organización ejecutiva. Esto nos lleva, de nuevo, al impacto de la Administración Trump en el derecho administrativo y en relación con el déficit democrático. A menudo me pregunto si hoy en día, en los Estados Unidos, estamos asistiendo a una transición desde las normas y la ética propias de una democracia liberal a un nuevo ejercicio, claramente menos abierto y más autoritario, del Poder Ejecutivo. Lo cierto es que el poder se está concentrando efectivamente en el Ejecutivo de una manera novedosa en la que se minimizan o eliminan las normas institucionales de la deliberación y la cortesía (junto con sus respectivas trayectorias institucionales). La interpretación del Ejecutivo acerca de lo que es de interés público, así como en asuntos políticos, puede ser esencialmente inatacable si —como ocurre cada vez más— el Poder Legislativo guarda silencio. Bajo este Presidente, el Senado parece aliarse con mayor intensidad con el Ejecutivo que con su propio Poder Legislativo. Queda por ver si esto cambiará a medida que se desarrollen los acontecimientos.

⁹ *Administrative Procedure Act (APA)*. Se trata de la ley federal general que dispone lo necesario en cuanto a los procedimientos que las agencias deben observar en el ejercicio de sus potestades y funciones. Fue aprobada el 11 de junio de 1946. [N. del T.]

3. LA DISFUNCIÓN LEGISLATIVA

Hasta ahora hemos analizado lo que se puede identificar como el factor de la cultura política. Pasemos ahora al segundo elemento de la problemática objeto de estudio, que es el factor estructural, y, en particular, la disfunción legislativa.

Para que exista una democracia efectiva, es necesario que los tres poderes del Estado operen de forma equilibrada. Nuestro legislador —cuyos poderes constitucionales están establecidos en el art. I de la Constitución en términos relativamente detallados— no ha sido eficaz en los últimos tiempos. A diferencia de épocas anteriores, que marcaron importantes hitos legislativos (por ejemplo, el *New Deal*, la *Great Society* y la *Environmental Era*, por nombrar tres grandes jalones de nuestra historia legislativa), la Era de la Regulación Global no ha visto en los Estados Unidos ninguna nueva legislación integral que aborde las realidades tecnológicas y económicas transnacionales del siglo XXI o las implicaciones democráticas de la privatización.

Los tribunales también han contribuido a este desplazamiento hacia el Poder Ejecutivo. La deferencia¹⁰ mostrada hacia las interpretaciones normativas y las políticas desplegadas por las agencias administrativas ha sido, durante mucho tiempo, un pilar de la revisión judicial. Esto adquirió una importancia aún mayor en el contexto de la desregulación, a partir del histórico fallo del caso *NRDC v. Chevron* en 1984¹¹.

¹⁰ El autor se refiere a la *Deference*, una institución jurídica muy relevante del derecho público norteamericano, aunque dotada de inevitables perfiles difusos, en relación con el control judicial de las opciones legislativas y las decisiones adoptadas por el Ejecutivo. Según la misma, los tribunales tienden a mostrar un favorecimiento (una suerte de presunción de legalidad y acierto, en una extrapolación a términos jurídicos españoles) hacia las interpretaciones legales y las razones esgrimidas por los otros dos poderes (dotados de legitimación democrática) en el ejercicio de sus amplias prerrogativas, de resolución o normativas, especialmente cuando conllevan el ejercicio de opciones políticas o técnicas. La institución presenta, no obstante, diversas y complejas derivaciones, que operan con señaladas particularidades en los Estados Unidos, debido a su modelo jurídico y político y a la forma en que rige en él el principio de separación de poderes. La *Deference* se ha extendido, no sin controversia, a la determinación misma de la carga procedimental que deben asumir las agencias para la adopción de sus decisiones. Para mayor complejidad, las doctrinas (de interpretación constitucional o teoría del derecho) sobre su alcance son variadas, incluso la determinación de su frontera con el planteamiento seguramente opuesto, la orientación personal de los fallos (lo que desde mediados el siglo XX se conoce como *judicial activism*), genera polémicas relativamente recurrentes en ese ordenamiento jurídico. El fallo emitido en la sentencia *Chevron*, a la que el autor se refiere seguidamente en el texto, es paradigmático al respecto. En él, el Tribunal Supremo sentó la doctrina —cuya estela se ha extendido hasta nuestros días— de que, tanto por cualificación como por responsabilidad, las agencias están mejor posicionadas que los tribunales para interpretar las leyes vigentes. [*N. del T.*]

¹¹ U.S. Supreme Court, *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984).

En la sentencia *Chevron*, el Tribunal Supremo confirmó una política de la Administración Reagan que favorecía la desregulación ambiental justificada por los costes. El Tribunal llegó a la conclusión de que la EPA¹² tenía la facultad legal de flexibilizar sus propias normas, en este caso porque el Congreso había formulado de modo ambiguo los aspectos legales relevantes, dejando en este caso sin concretar el resultado jurídico preciso. La agencia se inclinó enérgicamente en una dirección desreguladora y el Tribunal dijo entonces que, a la luz de la ambigüedad normativa, aquella podía razonablemente interpretar la ley como le pareciera conveniente.

Todavía más significativo fue el fundamento subyacente a esta conclusión. Como señaló el Tribunal:

Los jueces no son expertos en la materia, y no forman parte de ninguno de los poderes políticos del Estado [...] Mientras que las agencias no son directamente responsables ante el pueblo, el Jefe del Ejecutivo sí lo es, y resulta totalmente apropiado para este poder político estatal [...] resolver los intereses en conflicto que o bien el propio Congreso no resolvió inadvertidamente o bien dejó intencionadamente que fueran resueltos por la agencia.

En otras palabras, no era la cualificación propia de la agencia afectada lo que más contaba, sino el hecho de que esa agencia representaba al Presidente, una autoridad electa. La legitimidad se fundamentaba, en definitiva, principalmente en la responsabilidad democrática del Ejecutivo. La decisión *Chevron* tuvo un gran impacto en el derecho administrativo en esta era global, de la siguiente manera. Lo que las agencias crearon y los tribunales obviaron fue, en gran medida, una variedad de normas desreguladoras, así como de otras normas conformadas por la filosofía del coste-beneficio promovida por los sucesivos Gobiernos. Estas reglas están limitadas en su alcance por el hecho de que son responsabilidad de una agencia y no del Congreso. Pero también están limitadas por la opinión generalizada de que la globalización —como la describí hace un momento— exige la máxima competitividad en términos de eficiencia económica. Por lo menos desde la década de los ochenta, las agencias han tratado de desregular sustancialmente muchas de sus políticas anteriores o, por lo menos, de reducir sustancialmente sus costes regulatorios. La inacción del Congreso no alteró ni atenuó ninguna de estas políticas de las agencias. Y en los supuestos en los que el Congreso se involucró, su impacto fue por lo general tangencial y con efecto desregulador, a través de, por ejemplo, la legislación presupuestaria que afectaba a la financiación y al personal de las agencias (fundamentalmente mediante reducciones de diversos tipos).

¹² *Environmental Protection Agency*. Se trata de la agencia gubernamental destinada a implementar las políticas federales en materia de protección ambiental, así como a desarrollar los mandatos legales en ese mismo ámbito, mediante el ejercicio de una trascendental potestad normativa. [*N. del T.*]

Las cargas de esas políticas desreguladoras tendían a recaer desproporcionadamente sobre los pobres y otras personas con escaso poder político. Servicios y beneficios asistenciales como los cupones para alimentos, la beneficencia o los programas de formación laboral han disminuido mucho desde su creación a mediados del siglo xx. Los efectos sociales de esas políticas neoliberales hicieron que partes de la población simplemente desaparecieran de la curva de la demanda; y su falta de poder político hizo que el impacto de esos cambios no constara como fallos políticos o del mercado. Esto fue y sigue siendo un grave problema.

Corregir la inacción legislativa y la abdicación es vital para nuestra capacidad de superar el déficit democrático, que es un resultado muy destacado de los acontecimientos recientes. El porqué de la incapacidad del Congreso para actuar tiene, sin duda, muchas explicaciones; la polarización del actual Congreso se ha venido desarrollando, ciertamente, durante algún tiempo.

El «Gerrymandering» político es una de las principales causas de esa polarización. Esta particularidad norteamericana alude al ajuste estratégico de los límites de los distritos electorales para asegurar un resultado deseado. Estos son diseñados por los legisladores estatales, dando al partido mayoritario a nivel estatal una ventaja. La actual Cámara de Representantes es el resultado de un difundido «Gerrymandering» dirigido a poner en desventaja al partido minoritario. Este tipo de manipulación política premia la pureza ideológica y la obstrucción a la oposición. De hecho, las divisiones entre los principales partidos políticos se han vuelto cada vez más ideológicas, como resulta evidente en el actual Congreso de los Estados Unidos. El Tribunal Supremo ha conocido recientemente de la impugnación contra una manipulación política, pero se ha negado a actuar, decretando que las controversias sobre los distritos electorales pertenecen al dominio político de cada uno de los Estados y que, por lo tanto, suscitan una controversia política que no es rescindible ante los tribunales federales. En otras palabras, un fallo «catch-22»¹³, que devuelve las cuestiones de justicia en relación con los distritos electorales estatales a una votación o a un tribunal asimismo estatales.

Otro problema estructural muy significativo, que obstaculiza la plena participación del Congreso, es el papel del dinero en la política. El resultado de

¹³ Esta expresión alude a situaciones paradójicas, en las que el intento por realizar una conducta o generar un efecto, lo hace, precisamente, inviable. Su origen se encuentra en la conocida novela satírica de Joseph Heller, *Catch 22*, publicada en 1961 y en la que se ofrece un ejemplo, ya icónico en la cultura norteamericana, de estas aporías paradójicas. El protagonista del libro, Yossarian, un miembro de la Fuerza Aérea destacado en Italia, trata de librarse de intervenir en la Segunda Guerra Mundial fingiendo locura. Pero ello le introduce en una paradoja. Al exponer la dificultad de evadirse de la participación en bombardeos especialmente peligrosos por razones de salud mental, el narrador explica que, para ello, debía presentarse una solicitud. Pero quien lo hacía quedaba capturado en una trampa (*catch*), al acreditar con dicho proceder, muy al contrario, un perfecto estado de salud mental, mientras que los auténticos locos serían los que no pedían quedar eximidos. [N. del T.]

Citizens United v. FEC (2010)¹⁴ ha sido la esencial desregulación del gasto electoral por parte de individuos, empresas y grupos de acción política.

Estos tres factores estructurales —*Gerrymandering*, obstruccionismo y financiación de las campañas electorales— han contribuido en gran medida a la disfunción del Congreso y, como consecuencia, a la acumulación de poder en el Ejecutivo sin ningún tipo de control significativo. La casi inquebrantable lealtad del Senado a la actual Casa Blanca lo ha convertido en una extensión del Poder Ejecutivo, distorsionando significativamente nuestro sistema de separación de poderes. El histórico papel institucional del Senado como el último cuerpo deliberativo ha dado paso a un punto muerto generalizado (o una «parálisis»).

Pasemos ahora al Poder Ejecutivo, que hoy en día funciona cada vez más sin los controles o equilibrios (*checks y balances*) tradicionales o sin las normas seguidas por anteriores presidentes.

4. EL PODER EJECUTIVO

Como he explicado, la respuesta de los Estados Unidos a la globalización ha sido controlada en gran medida por el Poder Ejecutivo, con el apoyo deferente de los tribunales y la abdicación estratégica del Senado.

Les recordaré el contexto en el que nos encontramos. Bajo el Gobierno del presidente Trump, la desregulación bajo la forma de retirada de normas sin su correspondiente reemplazo, suspensiones o retrasos en la aplicación o la total ausencia de esta, han sido opciones preferentes por parte del Ejecutivo. Por ejemplo, la desregulación y los decretos presidenciales¹⁵ a menudo parecen esencialmente diseñados para eliminar todos los costes regulatorios de determinadas industrias —como la del carbón—, casi como si esto fuera una forma de alivio fiscal para la industria de los combustibles fósiles.

En general, la Administración Trump también ha dado a los decretos presidenciales usos administrativos sin precedentes, exigiendo, por ejemplo, la derogación de dos normas vigentes antes de que una agencia pueda aprobar una nueva, el llamado decreto del «dos por uno». Es más, la amplia autoridad que pretendidamente se confirió al Poder Ejecutivo ha resultado en la afirmación de nuevos poderes de emergencia, que han servido para reasignar a la construcción de un muro en la frontera sur fondos que el Congreso había aprobado para usos del Departamento de Defensa. Las nuevas políticas de inmigración, asilo, comercio, aranceles y muchas otras iniciativas se han originado en decreto presidenciales.

Mientras tanto, la naturaleza de los propios análisis coste-beneficio ha cambiado. Todas las Administraciones, desde la de Carter a principios de los años setenta, impusieron, por decreto presidencial, el requisito de que las agencias

¹⁴ U.S. Supreme Court, *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

¹⁵ «Executive orders» en el original. [*N. del T.*]

gubernamentales presentaran todos los proyectos de reglamentos junto con un análisis que mostrara por qué los beneficios de la norma propuesta superaban sus costes. La actual Casa Blanca ha emitido un decreto ejecutivo que se centra solo en los costes regulatorios en los que podría incurrirse si se promulgara una norma proyectada, sin mencionar —ni pedir— ningún análisis de los beneficios que podrían derivarse de la regulación como una potencial compensación de esos costes.

Hoy en día —más allá de estos factores estructurales— el poder del Presidente se ve reforzado por la «Teoría del Ejecutivo Unitario», que resulta especialmente predominante bajo este Gobierno. La teoría no es nueva. Sus defensores hacen una lectura de la llamada «cláusula de investidura»¹⁶ del art. II no solo como la atribución al Presidente del poder ejecutivo, sino de todos aquellos poderes, localizados en cualquier parte de la organización estatal, que puedan ser también definidos como «ejecutivos». Sostienen, asimismo, la opinión de que los demás poderes no pueden de ninguna manera atenuar, compartir o comprometer esas prerrogativas. Por esta razón, los defensores del Ejecutivo Unitario sostienen, además, que el Presidente tiene inmunidad frente a la mayoría de los controles que emanan de los otros poderes, en particular del Congreso, a menos que estén textualmente explicitados en la Constitución. De hecho, los poderes del Presidente en el art. II no son muy específicos, lo que deja al Ejecutivo un amplio margen a la hora de definir lo que es y lo que no es «ejecutivo».

Creo que la teoría del Ejecutivo Unitario va demasiado lejos, sobre todo tal y como se utiliza actualmente. No es conforme con una teoría de la separación de poderes que reconoce la necesidad y la legitimidad de que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial trabajen de forma conjunta. Para que esa concepción de la separación de poderes funcione, los tres poderes tienen que comprometerse activamente —incluido el Legislativo— y prioritariamente en el diálogo entre ellos.

Como ya he dicho, muchas acciones de la Administración Trump han sido impugnadas ante los tribunales, con cierto éxito para los demandantes. Algunas cosas pueden ser corregidas por aquellos o con una nueva Administración, pero es importante reconocer que las semillas del enfoque de esta Administración respecto de la desregulación y la privatización, junto con la actual pasividad legislativa y la deferencia judicial al Poder Ejecutivo, se plantaron hace mucho tiempo. No estoy sugiriendo que los excesos de esta Administración sean justificables como resultado directo de esa historia, pero tampoco creo que sea probable que volvamos a la «normalidad» con una nueva Administración mejor preparada para seguir las viejas normas. Encontrar una dirección mejor significará llevar un nuevo pensamiento a los poderes del Ejecutivo en relación con la globalización, el Congreso, los tribunales —y el público—.

¹⁶ «Vesting clause», en el original. [N. del T.]

II. LOS LÍMITES DE LA PRIVATIZACIÓN¹⁷ Y LA DESREGULACIÓN: LAS PRISIONES, EL AGUA Y LA ASISTENCIA SANITARIA

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este segundo estudio es la relación entre la privatización y la mercantilización del interés público, así como mi esperanza de que el derecho administrativo sirva como instrumento para llevar a cabo las reformas que reconozcan y valoren adecuadamente los aspectos no económicos del interés público. Me interesa especialmente la cuestión de cómo en Estados Unidos y España se establecen límites legales a la privatización. ¿Qué se puede y qué no se puede privatizar?

No hay una respuesta única para una pregunta así. Ahora me centraré en tres sectores en los que la privatización se proyecta de manera muy diferente: las prisiones, el suministro de agua y la asistencia sanitaria¹⁸. He escogido estos tres ámbitos porque han sido objeto de una gran atención por parte de los actores transnacionales con intereses en la privatización a nivel global. De hecho, algunos sugieren que los defensores más entusiastas de la privatización son los consultores, que señalan lo que consideran como vastos mercados mundiales sin explotar en las esferas de las prisiones y la asistencia sanitaria y, en menor medida, de la gestión de los servicios de agua¹⁹.

¹⁷ El término *privatization* se emplea en un sentido amplio, expresivo de cualquier operación de transferencia de recursos públicos a manos privadas, en el marco de una actividad o sector, lo que incluye tanto liberalizaciones como externalizaciones o supresiones de empresas públicas, con independencia de su sujeción a una mayor o menor regulación o de una mera entrega a la lógica empresarial y de la competencia. [N. del T.]

¹⁸ En las siguientes notas a pie de página se ofrecen algunas de las referencias bibliográficas manejadas para la elaboración de este artículo, que se centran, esencialmente, en trabajos realizados desde la perspectiva económica, que es la que más interesa para llevar a cabo el contraste entre el sistema estadounidense y el europeo o español, a efectos de valorar los fenómenos de la privatización y desregulación, sin perjuicio de la amplia bibliografía jurídica existente en cada uno de estos sectores (prisiones, agua, asistencia sanitaria). Como se verá en el texto, la perspectiva estadounidense tiende a considerar que la lógica empresarial, con el menor coste y con la mínima regulación, bastaría para asegurar los objetivos que se señalen. La intensidad de la desregulación es lo que marca, así, el contraste entre los modelos de privatización que se estudian.

¹⁹ Rachel Tansey, «The creeping privatisation of health care: Problematic EU policies and the corporate lobby push», *Corporate Europe Observatory*, 2 de junio de 2017. <https://bit.ly/3wsa0qc>

Sobre prisiones: Stephen Nathan (2005) «The European Market for Privatised Correctional Services: Developments and Implications», *Workshop at the EPSU Standing Committee on National and European Administration on Prison Services*, Luxembourg, 19 de mayo de 2005, pág. 6. https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/PSIRU_prisonreport2005-2.pdf

2. ASPECTOS GENERALES DE LA COMPARACIÓN

Comencemos con tres observaciones de carácter comparado como punto de partida. La primera se refiere a:

2.1. El liberalismo «integrado» y «no integrado»²⁰

La privatización adopta muchas formas, y la privatización en España y en Estados Unidos refleja las diferentes trayectorias históricas, sistemas políticos y jurídicos, justificaciones, así como los objetivos e intereses de nuestros respectivos países. La privatización en España comenzó en la década de los ochenta, con la venta masiva de sociedades estatales y participaciones públicas²¹. En su reciente libro, Cornel Ban hace un comentario histórico sobre la privatización durante la Transición:

El paradigma económico que sustentó estas transformaciones no fue un neoliberalismo en la línea Reagan-Thatcher. En su lugar, lo que surgió fue una mezcla de políticas neoliberales y no neoliberales [...] que en conjunto representan un caso de «neoliberalismo integrado», es decir, un neoliberalismo encerrado en medidas que compensan a los ciudadanos por los efectos distorsionadores del mercado²².

Sobre agua: Craig Anthony (Tony) Arnold (2009), «Water Privatization Trends in the United States: Human Rights, National Security, and Public Stewardship», *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, 33, 785. <https://bit.ly/3wwSi58>

Sobre sanidad: Ligia Giovanella y Klaus Stegmuller (2014), «The financial crisis and health care systems in Europe: universal care under threat? Trends in health sector reforms in Germany, the United Kingdom, and Spain», *Cadernos de Saude Publica*, 30(11). <https://doi.org/10.1590/0102-311X00021314>.

²⁰ «Embedded and Dis-embedded Liberalism» en el original. La idea que expresa el autor es la de medidas liberales circundadas (o no) de contrapesos que compensen o atenúen sus naturales efectos sociales. Hemos optado por estas traducciones para transmitirla. [N. del T.]

²¹ Las transferencias al mercado también incluyeron ofertas públicas y una pequeña proporción de subastas. Laura Cabeza y Silvia Gómez (2007), «The Spanish Privatisation Process: Implications of the Performance of Divested Firms», *International Review of Financial Analysis*, 16(9), 390-409, págs. 2, 4-5. Véase también Cornel Ban (ed.) (2016), *Ruling Ideas: How Neoliberalism Goes Local*, Oxford: Oxford University Press; Paul McVeigh (2005), «Embedding Neoliberalism in Spain: from *Franquismo* to Neoliberalism», en Susanne Soederberg (ed.), *Internalizing Globalization. The Rise of Neoliberalism and the Decline of National Varieties of Capitalism*, Palgrave Macmillan UK, págs. 90-105.

²² Cornel Ban (ed.) (2016), *Ruling Ideas: How Neoliberalism Goes Local*, Oxford: Oxford University Press.

El comentario de Cornel Ban identifica una diferencia llamativa entre los Estados Unidos y España que será relevante para todo este debate. En España, parece que la privatización no constituye automáticamente una huida de la regulación dispuesta para salvaguardar el interés público. En los Estados Unidos la privatización también comenzó en serio en la década de los ochenta, pero como una forma privilegiada de desregulación.

El énfasis de los Estados Unidos en la desregulación ha tendido a debilitar o eliminar los límites de la privatización. La normativa norteamericana admite un límite a la privatización cuando el servicio en cuestión es «esencialmente estatal» (*inherently governmental*²³). Pero no está claro dónde deba trazarse esa línea en cada caso particular. En 1955, la Oficina del Presupuesto de los Estados Unidos (*U.S. Bureau of the Budget*) aprobó una disposición (*policy statement*) en la que alentaba a las agencias a confiar en el sector privado como proveedores de bienes y servicios necesarios, siempre que fuera posible. Esta declaración ha sido desde entonces reeditada y codificada en la Circular A-76 de la *Office of Management and Budget*, (la OMB es ahora la principal agencia ejecutiva que supervisa la regulación de las demás agencias). Esa circular establece:

En el proceso de gobernar, el Estado no debe competir con sus ciudadanos. Un sistema empresarial competitivo, caracterizado por la libertad y la iniciativa individuales, es la fuente principal de la fortaleza económica nacional. Como reconocimiento de este principio, ha sido y sigue siendo política general del Estado la de confiar a proveedores privados el suministro de los productos y servicios comerciales que necesita el Estado.

Esa frase, productos y servicios comerciales, es importante. A lo largo de los años, los partidarios de la privatización en los Estados Unidos han redefinido con éxito, como comerciales, buen número de bienes y servicios requeridos por las agencias, haciendo así retroceder la frontera de lo «inherentemente gubernamental». En la actualidad, la privatización en los Estados Unidos combina una visión muy amplia de lo que se considera «comercial» con otra muy estrecha de lo que debería considerarse «esencialmente estatal». Como resultado, la idea misma de un espacio «esencialmente estatal» como límite a la privatización carece ya en gran medida de sentido.

En trabajos anteriores he identificado esta situación como el resultado de una ambigüedad estratégicamente provocada por los defensores de la privatización. Tal y como lo veo ahora, analizando los Estados Unidos desde España, me doy cuenta de que hay una cuestión más fundamental, que es la siguiente: dar prioridad a la eficiencia económica, ante la ausencia de disposiciones constitucionales y de derechos sociales, tiende a hacer que la cuestión de los límites sea discutible o, en el mejor de los casos, eludible. El primer ejemplo, sobre la pri-

²³ En palabras de la Circular A-76 de la *Office of Management and Budget*.

vatización de las prisiones, demostrará este planteamiento, aunque es igualmente importante para mi argumentación en su conjunto.

El segundo aspecto a tener en cuenta para un análisis comparado se refiere a las diferencias constitucionales.

2.2. Diferencias constitucionales

Las Constituciones de los Estados Unidos y España, y tal vez de otros Estados miembros de la Unión Europea, ofrecen respuestas diferentes a la cuestión de los límites de la privatización. En los Estados Unidos hay muy pocos límites explícitos. He mencionado que la OMB privilegia la actividad mercantil. En la medida en que ha habido debates constitucionales, estos se han centrado en el concepto de «funciones públicas exclusivas». En 1978, el Tribunal Supremo (en el caso *Flagg Bros. c. Brooks*) determinó que en la historia de los Estados Unidos solo había dos actividades que podían calificarse de «funciones públicas exclusivas». Se trata de las elecciones y las actividades policiales en las llamadas ciudades-empresa, es decir, ciudades establecidas y gestionadas por una determinada empresa y restringidas a sus propios empleados y sus familias.

Si buscamos funciones exclusivamente estatales bajo la Constitución de los Estados Unidos nos será difícil encontrarlas. Esto se debe a que el texto constitucional se refiere más extensamente a los derechos negativos que a los derechos afirmativos. Esto es un punto crucial. La Constitución consagra los derechos del individuo frente al Estado, especificando lo que este no debe hacer, pero permanece relativamente silente en cuanto a las obligaciones positivas del Estado.

Hay otro factor relacionado que también aleja de la Constitución de los Estados Unidos la cuestión de los límites. El derecho administrativo tradicional de los Estados Unidos se basa en lo que llamamos la «Doctrina de la Acción Estatal». Permítanme explicarla. La cláusula constitucional de las garantías procesales (proceso debido)²⁴ dispone que: «Ningún Estado podrá privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido proceso legal». Esta cláusula traza una nítida línea entre los actores estatales y no estatales, con el resultado de que la Constitución se aplica solo al Estado o a los actores estatales.

Algunos sujetos privados que actúan en lugar del Estado también están sometidos a la cláusula de las garantías procesales, aunque esta rara vez se aplique a los particulares que cumplen obligaciones contractuales externalizadas. De hecho, la utilización del contrato introduce conceptos y mecanismos del derecho privado que, a menudo, protegen a esos agentes frente a la Constitución y hacen inaplicables leyes de derecho público, como la Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley de Libertad de Información²⁵.

²⁴ «Due process clause» en el original. [N. del T.]

²⁵ La *Freedom of Information Act* (FOIA) de 1966 es otra de las leyes de vértice del sistema político-administrativo de los Estados Unidos, mediante la que se trata de garantizar la

El análisis de la Constitución de los Estados Unidos desde España, me permite comprobar que la Constitución española no podría ser más diferente a aquella, en cuanto al reconocimiento de derechos sociales que la misma lleva a cabo²⁶. Como veremos, la presencia o ausencia de un marco de derechos sociales, especialmente en casos de falta de regulación, marca la diferencia en los debates acerca de los límites de la privatización.

2.3. Diferencias regionales/nacionales

Las cuestiones que me interesan en el análisis comparado entre España y los Estados Unidos se plantean en el contexto de la evolución de la Unión Europea por lo que respecta a la unión económica y los derechos humanos. La UE ha adoptado la privatización como mecanismo para alcanzar la unión económica, pero también buscando un constitucionalismo más orientado hacia la economía, especialmente en el contexto de las crisis económicas y las políticas de austeridad. El ejemplo de la privatización del agua ilustra algunas de estas complejidades, especialmente a la vista del compromiso constitucional de España con la distribución equitativa.

No voy a entrar en el análisis del derecho de la UE, salvo para poner de manifiesto los complejos desafíos a que deben enfrentarse los Estados miembros, al tener que navegar entre sus múltiples y diversos compromisos internos y las exigencias de las políticas de la UE. Los Estados Unidos, en tanto que federación, no son comparables a la UE a este respecto, ya que los Estados miembros de los Estados Unidos nunca han existido como Estados nacionales independientes al margen de un marco federal. Sin embargo, a pesar de estas y otras diferencias, como veremos, los Estados Unidos y España no parecen ser muy diferentes con respecto a su visión compartida del agua como un recurso fuera del ámbito de las mercancías²⁷.

transparencia y el derecho de acceso de los ciudadanos a la información en manos de los poderes públicos. [N. del T.]

²⁶ Un informe del Parlamento Europeo lo deja claro: «La Constitución española de 1978 [...] ocupa una posición prominente entre las constituciones europeas. Esto se debe principalmente al hecho de que [...] se ha intentado tener en cuenta los problemas sociales actuales [...] Después de 40 años de dictadura el objetivo era [...] asignar al individuo una lista de derechos lo más amplia posible. El preámbulo se refiere al deseo de asegurar la coexistencia democrática sobre la base, entre otras cosas, de un sistema económico y social justo» (Parlamento Europeo, «Fundamental social rights in Europe», *Social Affairs series*, SOCI 104 EN-02/2000. https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/104/part1_en.htm#).

²⁷ Como en muchos escritos modernos sobre economía y derecho, el autor emplea la recurrente expresión «commodity», que exige a veces una traducción contextual, bien como mercancía, bien como materia prima o como producto básico. Hemos optado por alternar las tres para dar más dinamismo a la redacción. Sea, pues, consciente el lector de

3. TRES CASOS CONCRETOS

3.1. Prisiones

Cuando se trata de definir las responsabilidades del Estado en algo tan básico como las prisiones, solo Israel y la India han intervenido a nivel constitucional para prohibir las prisiones privadas²⁸. En la mayoría de los países, sin embargo, incluyendo España y Estados Unidos, los límites a la privatización de las prisiones se establecen legislativa o políticamente.

Existe una larga historia de prisiones privadas en los Estados Unidos que se remonta al siglo XIX, aunque la campaña para privatizar las prisiones comenzó en serio en la década de los ochenta. Este giro hacia el sector privado es anterior a la crisis carcelaria que afrontan los Estados Unidos en la actualidad. El mismo ha sido controvertido desde el principio²⁹. Como John Donohue, un investigador social de Harvard, escribió en 1988: «Pocos papeles en nuestra sociedad estadounidense parecen más inherentemente “públicos” que los de la policía, los jueces y los carceleros»³⁰. En otras palabras, si se pudieran privatizar las prisiones, se podría privatizar casi cualquier cosa³¹.

En comparación con las prisiones públicas, en los Estados Unidos hay relativamente pocas prisiones privadas como tales (y unos diecisiete Estados no recurren a ellas en absoluto), pero la tasa de ocupación de las prisiones privadas es una de las más altas del mundo y sigue creciendo. Esto incluye a quienes cumplen sentencias penales o están a la espera de juicio, a los reclusos acogidos en hogares de reinserción u otros entornos domésticos y, bajo el gobierno actual, también a los detenidos en espera de audiencia de asilo en la frontera sur³².

que, a pesar de ello, su significado es, en este trabajo, unívoco en tanto expresivo de una idea general compartida por todas las acepciones. [N. del T.]

²⁸ El Tribunal Supremo de Israel lo hizo en 2009 en el caso *Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance*. En 2011, en el caso *Nandini Sundar v. State of Chattisgarh*, el Tribunal Supremo de la India describió la labor policial como una de las «funciones esenciales del Estado» que no podía delegarse constitucionalmente, adoptando un enfoque de la privatización que se aplicaba claramente también a las prisiones.

²⁹ Alfred C. Aman Jr. y Carol J. Greenhouse (2014), «Prison Privatization and Inmate Labor in the Global Economy: Reframing the Debate Over Private Prisons», *Fordham Urban Law Journal*, 42, 2.

³⁰ John D. Donahue (1988), *Prisons for profit: Public justice, private interests*, Washington, DC: Economic Policy Institute. <https://eric.ed.gov/?id=ED311244>

³¹ Las dos primeras prisiones federales autorizadas por el Congreso para ser construidas y administradas por empresas privadas se abrieron en 1992 y 1997, ambas en Leavenworth, Kansas. Hoy en día, alrededor del 19% de los reclusos federales y del 8,5% del total de reclusos está recluso en instalaciones privadas. Véase la nota 29.

³² Kara Gotsch y Vinay Basti (2018), «Capitalizing on Mass Incarceration: U.S. Growth in Private Prisons», *The Sentencing Project*. 2 de agosto de 2018. <https://bit.ly/2R09a3G>

Las prisiones privadas se justificaron por sus defensores como lugares para desarrollar enfoques innovadores sobre la justicia penal, así como para ampliar las oportunidades de lograr eficiencia en los costes y otras mejoras. Los estudios sobre las prisiones privadas en los Estados Unidos no han confirmado estas aspiraciones³³.

Pero las prisiones privadas son rentables. Las prisiones privadas en los Estados Unidos se gestionan como entidades con ánimo de lucro. La mayoría están gestionadas por una de las tres compañías que, en conjunto, forman una industria multimillonaria, que cotiza en bolsa y está dotada de una gran capacidad de presión en cuestiones de justicia penal, especialmente en lo atinente a las sentencias.

En los contratos de privatización de prisiones de los Estados Unidos los presos son esencialmente el producto, ni una parte del contrato ni un tercero beneficiario. Son tratados como mercancías, como fuentes de ingresos para el sistema penitenciario en virtud de su trabajo, de tarifas varias y del comercio interestatal de camas³⁴. En ocasiones se transfiere a los reclusos a otras instituciones penitenciarias (de pública a privada, de centro de detención a prisión, de estado a estado, e incluso de Estados Unidos a México), ya que los administradores de las prisiones tratan de gestionar su capacidad dentro de su propio presupuesto. Debo añadir que estas son también prácticas del sistema penitenciario público y ese es un aspecto importante: la privatización de las prisiones no ha producido beneficios claros sobre el sistema público, sino para las empresas penitenciarias privadas, sus accionistas e industrias conexas.

Los límites que existen para la privatización de las prisiones en los Estados Unidos están definidos de manera muy sumaria³⁵. Por lo general, el ordenamiento jurídico no hace ninguna diferenciación entre los servicios personales directos y el suministro de mercancías, por ejemplo. Una vez que se toma la decisión de privatizar, se privatiza también todo lo relacionado con la construcción y la gestión de la prisión, junto con todo lo que afecta a cada uno de los reclusos: alimentos, camas, mano de obra, atención médica, etc.

Los internamientos en prisiones privadas aumentaron un 47% entre 2000 y 2016, lo que refleja las políticas de la Administración Trump de favorecimiento de las prisiones privadas, de las sentencias máximas y de las detenciones en la frontera sur.

³³ En comparación con las prisiones públicas, las privadas son más peligrosas para los reclusos; no mejoran las tasas de reincidencia y no existen pruebas de que sean más rentables, *ibid.* Véase también William D. Bales *et al.* (2005), «Recidivism of public and private state prison inmates in Florida», *Criminology & Public Policy*, 4, 1, págs. 57-82. DOI: 10.1111/j.1745-9133.2005.00006.x.

³⁴ Algunas prisiones públicas transfieren reclusos a prisiones privadas mediante contratos. Véase, por ejemplo, <https://www.kcur.org/post/prisons-overflowing-kansas-considers-outsourcing-counties-and-private-outfits#stream/0>.

³⁵ Tales límites afectan a los contratos y a las quejas formuladas por los prisioneros. Los contratos suelen estar limitados a un plazo de años. Si un prisionero plantea cuestiones de relevancia constitucional, tales asuntos se deciden ante un tribunal federal, no ante árbitros privados.

La rehabilitación y la reinserción solo recientemente han comenzado a aparecer en los debates sobre política criminal, en tanto que estrategias de ahorro de costes, después de decenios en los que la rehabilitación era, en gran medida, secundaria respecto de la reclusión entendida como un fin en sí mismo. En 2016, al final del gobierno del presidente Obama, el Departamento de Justicia anunció una medida para poner fin al uso de las prisiones privadas, pero la misma ha sido revertida por el Gobierno de Trump, fundamentalmente en previsión de las detenciones en la frontera sur.

Considero que las prisiones privadas de los Estados Unidos son un ejemplo vívido de lo que sucede cuando se aplica el análisis coste-beneficio a los contratos, sin tener en cuenta principalmente los beneficios (o la falta de ellos) para las personas cuyas vidas están directamente sujetas a los términos del contrato.

En España, en cambio, la literalidad de la Constitución y de la Ley General Penitenciaria es explícita en cuanto a los derechos sociales de los presos, así como sobre un compromiso legal con la prisión como fuente de beneficio para los reclusos, sus familias y sus comunidades³⁶. En todo caso, debe notarse que la Constitución española no garantiza un gasto público que optimice las condiciones de la prisión, pero parece sostener la idea de que el recluso es un miembro de la sociedad incluso mientras está en prisión. Las prisiones en España implican una mezcla de colaboración pública y privada en relación con la construcción y algunos servicios penitenciarios. En los Estados Unidos las entidades privadas participan de manera más amplia, incluyendo la financiación, el diseño, la dotación de personal, el funcionamiento y la gestión. Por el contrario, no existen

³⁶ Véase el informe de 2018 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2018_acc.pdf.

Véase el art. 25.2 CE: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

La tarea fundamental que la Constitución española y la Ley General Penitenciaria asignan al sistema penitenciario consiste en asegurar la ejecución de las penas impuestas por los jueces, garantizando la custodia de los presos y protegiendo su integridad. «Pero esta tarea no puede ser completa ni eficaz si no se centra en la rehabilitación. El objetivo es que el encarcelamiento no sirva, como en épocas pasadas, como una escuela para delincuentes, sino, por el contrario, como una preparación para una vida libre en la que prevalezca el respeto a las normas sociales y la obediencia a la ley. El esfuerzo se centra, sobre todo, en proporcionar a los reclusos los medios de empleo y educación necesarios para ayudarles a integrarse con éxito en la nueva vida que les espera al salir de la cárcel».

prisiones privadas con ánimo de lucro en España, aunque muchos de sus servicios se encuentran externalizados³⁷.

Fue una serie de tragedias, acaecidas en el sistema de asistencia sanitaria de las prisiones de la ciudad de Nueva York, la que primeramente condujo mi atención hacia la necesidad de poner límites a la privatización, así como sobre los costes ocultos del llamado análisis coste-beneficio, que consiste en poco más que un numerador y un denominador y que, fundamentalmente, trata a los reclusos como mercancías y no como usuarios.

El tratamiento de los reclusos en el sistema de los Estados Unidos pone de manifiesto que todavía queda mucho por decir sobre el vínculo entre la privatización y la mercantilización, en relación con el concepto de bien de consumo.

3.2. Agua

La privatización del agua constituye otro interesante ejemplo, ya que ni España ni los Estados Unidos tratan el agua como una mercancía. Sin embargo, en España, en más de la mitad de los servicios de agua intervienen gestores privados, aunque con decisiva participación pública, así como con un fuerte protagonismo de reglas y principios de derecho público³⁸. En los Estados Unidos son privados alrededor del 15% de los servicios de suministro de agua.

Desde el punto de vista de los límites, esta podría ser una diferencia irrelevante. Consideremos algunas similitudes:

³⁷ Stephen Nathan, *The European Market for Privatised Correctional Services: Developments and Implications*. En un informe de 2005 se mencionaban ocho prisiones de gestión privada en Cataluña en ese momento y ninguna en el resto de España. Los servicios privatizados en esta comunidad autónoma eran administrados por una multimillonaria multinacional llamada Sodexo. Sodexo Justice Services, una filial de Sodexo, anuncia «servicios para la calidad de vida». En sus páginas web destacan su enfoque para reducir la reincidencia y proporcionar otros beneficios sociales en sus prisiones privadas, que comprende la gestión de las instalaciones, el asesoramiento y la alimentación. Ese mismo informe de 2005 no proporciona ninguna base empírica para afirmar que las prisiones privadas ofrezcan una eficiencia de costes o unas mejores tasas de reincidencia. <https://www.sodexo.com/home/your-industry/justice-services-management.html>

³⁸ Sobre la gestión de servicios relativos al agua en España, véanse T. M. Navarro Caballero y A. Ezquerro Huerva (dirs.) (2018), *Contratación pública y agua. El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el Derecho de aguas*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi; J. Tornos Mas (coord.) (2019), *El servicio de suministro de agua en España, Francia e Italia*, Madrid: Iustel; T. M. Navarro Caballero (dir.) (2019), *Los servicios urbanos del agua: derecho humano al agua, asequibilidad y recuperación de costes*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, o E. Arana García (dir.) (2020), *El control de la colaboración privada en la gestión de los servicios urbanos del agua*, Valencia: Tirant lo Blanch.

En ambos países, es en la gestión de los servicios urbanos del agua donde existe mayor colaboración público-privada al tratarse de un ámbito caracterizado desde hace mucho por la participación de entes de naturaleza privada o mixta, sin que ello afecte en absoluto al carácter demanial del recurso. Los servicios de agua implican, en ambos países, una intervención pública esencialmente localizada en niveles territoriales inferiores al nacional, de modo que los mismos están regulados a nivel local o regional. Ambos países luchan contra la mala distribución natural de la oferta de agua entre las regiones húmedas y las secas. La infraestructura hídrica merece una consideración importante en ambos países y en ambos se financia principalmente mediante impuestos, con una proporción significativa de inversión extranjera en el caso de los Estados Unidos. En ambos países, la privatización o externalización del agua con fines de lucro ha sido objeto de controversia, tanto por razones de equidad como porque el aumento de los precios para los consumidores no siempre va acompañado de mejoras en la infraestructura³⁹. En los dos hay movimientos ciudadanos opuestos a la privatización o externalización del agua y, en España, a favor de una más intensa publicación del recurso, a través del movimiento de «remunicipalización del servicio de abastecimiento».

Los partidarios de la privatización o de modos de gestión indirecta tienden, en uno y otro país, a apoyarse en suposiciones sobre su mayor eficiencia, pero —tanto en los Estados Unidos como en España— algunos estudios parecen arrojar serias dudas sobre la validez de esas conjeturas⁴⁰.

Los debates sobre una política de privatización del agua en los Estados Unidos y España giran en torno a necesidades y prioridades similares. En ellos se aborda el concepto del agua excluyendo su calificación como mercancía; la conveniencia del fomento de fines lucrativos sobre un recurso natural; las implicaciones que para los derechos humanos puede tener el reconocimiento de derechos de

³⁹ En Estados Unidos: Edouard Perard (2009), «Water Supply: Public or Private? An Approach Based on Cost of Funds, Transaction Costs, Efficiency and Political Costs», *Policy and Society*, 27, 3, págs. 193-219, <https://ssrn.com/abstract=1341997>; véase también Arnold (2009).

En España: María A. García-Valinas (2018), «Water governance in Spain: The role of federalism and public-private partnerships», *EUI Working Papers RSCAS 2018/07*. Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Florence School of Regulation, 10; Francisco González-Gómez, Jorge Guardiola y A. Ruiz-Villaverde (2009), «Reconsidering privatisation in the governance of water in Spain», *Proceedings of the Institution of Civil Engineers-Municipal Engineer*, págs. 162-163, <https://doi.org/10.1680/muen.2009.162.3.159>; Tsvetelina Blagoeva, y Camilla Rossing, «Final Report: Study on Water Services in Selected Member States». <https://bit.ly/3fIjyL>; Laura Cabeza y Silvia Gómez (2007), «The Spanish privatization process: Implications of the performance of divested firms», *International Review of Financial Analysis*, 16-4, págs. 390-409, 3.

⁴⁰ Blagoeva y Rossing, *ibid.*: 12.

propiedad privada sobre el agua, así como el impacto de la privatización sobre los ecosistemas y la sostenibilidad ambiental⁴¹.

La privatización del agua puede aplicarse a muchos tipos de relaciones entre el sector público y el privado en ambos países, especialmente a medida que los servicios se desagregan, quedando sujetos a un funcionamiento y una gestión separados⁴². No es sorprendente que existan muchas diferencias técnico-administrativas entre Estados Unidos y España. Entre otras destacan, especialmente, el alcance de la participación del público en los organismos administrativos y la previsión de la revisión judicial de los contratos (siendo ambos mayores en España), y el alcance de una abierta competencia en la contratación (que es mayor en los Estados Unidos).

En los Estados Unidos hubo cierto interés por la privatización del agua en la década de los noventa, cuando diversos factores llevaron a responsables municipales de todo el país a considerar la posibilidad de externalizar parte o la totalidad de sus sistemas de abastecimiento de agua⁴³. La suerte de esos acuerdos no fue alentadora. Los límites de la responsabilidad quedaban poco claros y los contratos con los proveedores privados a veces eran incumplidos o malinterpretados por las partes implicadas, así como, en ciertos casos, las carencias de la infraestructura eran superiores a la capacidad de suministro de las empresas privadas. El resultado fueron varios calamitosos cortes del servicio de abastecimiento de agua —así, en Atlanta (Georgia), Flint (Michigan) y Newark (Nueva Jersey)—, que pusieron de relieve diversos problemas de coordinación, transparencia y responsabilidad. Como ya he mencionado, hoy en día la privatización del agua en los Estados Unidos sigue siendo limitada.

El ejemplo de la privatización del agua es explicativo. Si recordamos el caso de las prisiones, vimos que, cuando el internamiento se considera una mercancía, la privatización parece no tener límites ante una ausencia de regulación. En ese contexto, el reconocimiento de derechos sociales marca una diferencia significativa en una comparación entre Estados Unidos y España. En el caso del agua, el

⁴¹ Craig Anthony (Tony) Arnold (2009), «Water Privatization Trends in the United States: Human Rights, National Security, and Public Stewardship», *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, 33, 785. Véase también Andrea Ballesterio (2019), «The Anthropology of Water», *Annual Review of Anthropology*, 48, págs. 405-421. <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-anthro-102218-011428>.

⁴² Sara Palomo-Hierro, José A. Gómez-Limón y Laura Riesgo (2015), «Water Markets in Spain», *Water*, 7-2, págs. 652-678. <https://doi.org/10.3390/w7020652>; véase asimismo Tsvetelina Blagoeva y Camilla Rossing, «Final Report: Study on Water Services in Selected Member States», *cit.*, págs. 22, 25-27. En ambos países, la agricultura es la que conlleva un mayor uso del agua. En los Estados Unidos, la energía termoeléctrica también implica un considerable uso de agua.

⁴³ National Research Council 2002, *Privatization of Water Services in the United States: An Assessment of Issues and Experience*, Washington DC, The National Academies Press. <https://doi.org/10.17226/10135>.

aspecto de la no mercantilización es de nuevo relevante para una comparación, en este caso como mandato dirigido al poder normativo local. Esto puede ayudar a explicar el hecho de que, en España, los contratos privados sean más usuales, mientras que lo sean mucho menos en Estados Unidos⁴⁴. Sin embargo, en ambos países el compromiso con una distribución equitativa fuera de su tratamiento como mercancía se da a través de una regulación a nivel local. En consecuencia, la regulación permite la gestión indirecta en España, pero no, en general, en los Estados Unidos, dado que la contratación queda fuera de la regulación que se lleva a cabo de este sector.

3.3. Asistencia sanitaria

Al pasar ahora al tercer ejemplo —la asistencia sanitaria— veremos que estas cuestiones sobre mercancías, derechos y regulación entrarán en juego de nuevo. Los argumentos que han triunfado hasta hoy en la cultura política de los Estados Unidos definen esencialmente la salud y la asistencia sanitaria como un negocio que depende de la libertad de elección, mientras que en España la salud y la asistencia sanitaria son cuestiones fundamentales para el interés público en virtud de la ley.

Como es bien sabido, el sistema sanitario español es uno de los mejores del mundo, lo que contribuye a que la esperanza de vida sea la más alta de Europa. Por el contrario, en Estados Unidos la morbilidad y la mortalidad se encuentran en correlación con la raza, la educación y la situación laboral, siendo actualmente las peores para los hombres blancos sin título universitario⁴⁵. A pesar de ese sombrío paisaje de enfermedad y muerte por drogas, alcohol y suicidio, o tal vez debido a ello, los conservadores plantean la salud como una cuestión de responsabilidad personal.

Resulta un eufemismo decir que el acceso a la asistencia sanitaria es un tema de intenso debate en Estados Unidos. Una ley de 2010, denominada Ley de Asistencia Accesible o ACA —ampliamente conocida como «Obama-care»—, garantiza el aseguramiento sanitario de la mayoría de los estadounidenses, ya sea exigiendo el seguro de salud como un beneficio para los empleados, ya ordenando su contratación directa con compañías aseguradoras privadas, según tarifas subsidiadas con fondos federales⁴⁶. El incumplimiento de esta obligación es consi-

⁴⁴ La fuente para todos los aspectos tratados con referencia a España es Blagoeva y Rossing, «Final Report: Study on Water Services in Selected Member States», *cit. supra* nota 35.

⁴⁵ Anne Case y Angus Deaton (2017), «Mortality and Morbidity in the 21st Century», *Brookings Institution. Brookings Papers on Economic Activity*, págs. 397-443. <https://brookings/20la1uO>

⁴⁶ Para una descripción y un análisis de esta ley, véase Tom Baker (2011), «Health Insurance, Risk, and Responsibility after the Patient Protection and Affordable Care Act», *Faculty Scholarship at Penn Law*, 342.

derado una infracción que puede derivar en la imposición de una multa. Tales subsidios federales se han conseguido mediante la ampliación de un programa federal ya existente, «Medicaid», que proporciona apoyo financiero para la asistencia sanitaria de personas que viven en la pobreza.

Los republicanos prometieron revocar y reemplazar la ACA, pero han tenido éxito solo en parte. Tanto la obligatoriedad como la ampliación del Medicaid han sido objeto de un intenso debate, del que se cumple ahora una década. Ambas medidas han sido impugnadas ante los tribunales. Con respecto a su carácter obligatorio, la cuestión controvertida fue la de en qué modo podía considerarse que la decisión de un individuo de *no* contratar un seguro queda dentro de las relaciones comerciales, pues la referencia a la libertad de elección es un ejemplo clásico del enfoque de nuestro sistema de derechos negativos.

La referencia al comercio resulta asimismo importante, dado que el poder del Congreso para establecer una regulación con efectos interestatales se deriva, principalmente, de la «Cláusula de Comercio» contenida en la Constitución⁴⁷. Cuando este caso llegó al Tribunal Supremo en 2012, ocho de los jueces estaban divididos a partes iguales. El presidente del Tribunal Supremo, Juez Roberts, rompió el empate al replantear la constitucionalidad de la ACA, llevándola desde el comercio hacia la fiscalidad, tras haber determinado que las sanciones asociadas a la obligación tenían la naturaleza de tributo y que, por lo tanto, quedaban legítimamente comprendidas dentro de las facultades del Congreso para su imposición, en virtud de la «Cláusula Fiscal» de la Constitución⁴⁸. Esto salvó a la ACA, pero la obligatoriedad vuelve a estar ante los tribunales, esta vez desde la perspectiva tributaria. En los términos de la Ley de Reforma Tributaria aprobada por la mayoría republicana en el Congreso, la sanción por incumplimiento de la obligación de suscripción ha sido eliminada, exponiendo a la ACA, en su opinión, a una anulación judicial.

Dejaré a un lado el debate sobre la expansión de «Medicaid», ya que se trata de un asunto propio de cada uno de los Estados.

En España también se ha afrontado la controversia en relación con el acceso a la asistencia sanitaria, pero los debates en nuestros dos países son muy diferen-

⁴⁷ La llamada «Commerce clause» se contiene en la Sección 8ª del art. I de la Constitución de los Estados Unidos, atribuyendo al Congreso federal la competencia para «regular el comercio con naciones extranjeras y entre los diversos estados, así como con las tribus indias» («to regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes»). [*N. del T.*]

⁴⁸ La conocida conjuntamente como «Cláusula fiscal y de gasto» («Taxing and spending clause») se contiene, asimismo, en la Sección 8ª del art. I de la Constitución de los Estados Unidos, apoderando al Congreso para «exigir y recaudar tributos, aranceles, tasas y gravámenes, para pagar las deudas y procurar la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos» («to lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States»). [*N. del T.*]

tes. En efecto, la condición «por defecto» de la asistencia sanitaria en España es pública; en los Estados Unidos, es privada.

Según la Constitución española, la asistencia sanitaria es un deber de los poderes públicos que deben asumir para garantizar el derecho a la salud de los ciudadanos (art. 43 CE), lo que contrasta con las diversas presiones, incluidas las normas de la UE y las consultoras mundiales, que han mantenido en primer plano la cuestión de los mercados económicos para determinados servicios de asistencia sanitaria, siendo ahora privada en España superior al 25% de esta según los datos del Informe del Sistema Nacional de Salud de 2018. A partir del marco general dispuesto en la Ley 14/1986 General de Sanidad, por la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud —con sus correspondientes modificaciones— y la normativa de las comunidades autónomas, se establece un Sistema Nacional de Salud en el que la asistencia sanitaria es garantizada a todos los ciudadanos (con algunas limitaciones) a partir de unas prestaciones sanitarias que son dispuestas por el Estado y completadas por las comunidades autónomas, que son las que las facilitan a los asegurados. La financiación se obtiene en gran medida a través de impuestos, mediante transferencias a las Administraciones sanitarias de las comunidades autónomas. La cuestión de la privatización aparece allí donde la asignación de los ingresos fiscales no es adecuada para mantener los costes. El período de austeridad aparentemente amenazó, en algunos aspectos, ciertos compromisos a largo plazo con los «principios de equidad y cohesión social» asociados a la atención sanitaria universal⁴⁹, aunque no ha sido esta la primera vez que se ha tomado en consideración la privatización⁵⁰. La iniciativa privatizadora contenida en el Real Decreto Ley 16/2012 fue revertida parcialmente en 2018 y, en la actualidad, el gasto en asistencia sanitaria sigue siendo predominantemente público⁵¹.

El debate sobre la ACA en los Estados Unidos ilustra lo difícil que puede resultar el desplazamiento de los fundamentos desde el mercado a los derechos o —más exactamente— garantizar derechos mediante el apoyo financiero público de un sistema basado en el mercado, particularmente en una cultura pública que no reconoce fácilmente (o es indiferente a) la desigualdad de ingresos o las disparidades en la asistencia sanitaria como prueba del fracaso del mercado. Los defensores de la ACA y los actuales partidarios de diversas formas de «opción pública» en la

⁴⁹ Xavier Bosch, Pedro Moreno y Alfonso López-Soto (2014), «The Painful Effects of the Financial Crisis on Spanish Health Care», *International Journal of Health Services*, 44-1, págs. 25-51, pág. 25.

⁵⁰ M. Bayle y H. Cal (2011), «The People's Campaign against Health Care Counter-Reforms in Spain», *Journal of Public Health Policy*, 22, págs. 139-152. <https://doi.org/10.2307/3343455>. También en relación con los servicios de agua véase Dieter Brauninger (2015), *Privatisation in the Euro area: Governments should grasp opportunities*. Research briefing: European Integration. <http://www.dbresearch.com> (July 31, 2015), págs. 13-14.

⁵¹ Giovanella y Stegmuller (2014).

asistencia sanitaria han trabajado arduamente para establecer un discurso de interés público en relación con la salud personal; los resultados de ese esfuerzo están aún por verse. En España, a partir de su experiencia reciente, el compromiso con los derechos universales todavía fija los parámetros sobre los términos del debate, incluso mientras este continúa.

Dentro de los tres ejemplos utilizados, nuestros sistemas son más diferentes por lo que respecta a la asistencia sanitaria. En los Estados Unidos, esta es una mercancía disponible para elegir; en España, es un interés público garantizado mediante mecanismos de inclusión social. Pasemos ahora a algunas conclusiones generales.

III. EL FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: UNA REFLEXIÓN A TRAVÉS DEL JAZZ

El argumento principal de estos estudios es la mercantilización del interés público. Mi principal preocupación son aquellas personas que corren el riesgo de que se les «descarte»⁵² cuando los gobiernos desregulen y contraten con entidades privadas en aras de la eficiencia de los costes.

En el primer estudio se centró en los Estados Unidos y en el segundo se planteó una perspectiva comparada sobre los límites de la privatización en diversos sectores en España y Estados Unidos. En este último estudio retomo los Estados Unidos a partir de las lecciones aprendidas de España. Mi objetivo es continuar con el debate a partir del análisis comparado, reflexionando sobre la forma en que los norteamericanos podemos mejorar el déficit democrático a través de la reforma del derecho. Las reformas que tengo en cuenta están inspiradas, en parte, en los modelos constitucionales de derechos sociales, como sucede en España, porque dichas constituciones son potencialmente aptas para el fomento de reformas gubernamentales que amplíen la participación democrática, la transparencia y la responsabilidad y promuevan los valores no mercantiles.

Más concretamente, al considerar los déficits democráticos y el liberalismo «no integrado» en Estados Unidos, desde este punto de vista comparado, queda claro que los déficits de democracia y la mercantilización del interés público son dos caras de la misma moneda. Se alimentan mutuamente, ya que aquellos son el resultado de los enfoques desreguladores sustantivos que, a su vez, favorecen.

Los costes sociales de esos enfoques desreguladores suelen ocultarse al público, debido a la forma en que se adoptan las decisiones desreguladoras. Por ejemplo, si la privatización significa que la asistencia sanitaria dependerá en

⁵² La expresión original empleada por el autor es la de «costed out», propia de la jerga económica, que aporta la idea de cálculo anticipado de los costes de un proyecto. El mensaje sería, pues, el de una marginación social de individuos con fundamento en previsiones presupuestarias o asociadas a costes. [N. del T.]

última instancia de los mercados de seguros privados, y los individuos acceden a los seguros principalmente como un beneficio laboral, no hay mucho margen para la participación pública en asuntos como la fijación de precios y la cobertura de los seguros. De hecho, en esas circunstancias, la cuestión de la asistencia sanitaria se manifiesta más claramente como un tema laboral. La dimensión de la atención de la salud se vuelve fácilmente invisible.

Del mismo modo, en el contexto penitenciario, si el presupuesto general para la asistencia sanitaria de los reclusos se fija en un nivel que un proveedor privado está dispuesto a incluir en su oferta, la falta de fondos no será visible hasta que un desastre sanitario de proporciones catastróficas pueda llamar la atención del público, porque, por ejemplo, se difunda una noticia que capte su atención. De lo contrario, la cuestión de la asistencia sanitaria en las prisiones quedará sumergida en asuntos de «crimen y castigo».

En ambos casos, y en otros similares, es necesario que exista transparencia desde el principio, es decir, desde el instante en que las decisiones iniciales de externalizar o desregular se planteen por primera vez como posibilidades. Solo entonces el factor «coste-beneficio» será visible en términos humanos.

Creo que no basta con señalar el déficit democrático, sino que hay que preguntarse, además, qué podría restaurarlo. Por lo tanto, mis principales interrogantes en este último estudio tienen que ver con las reformas legales que podrían romper el vínculo entre la privatización y el déficit democrático. Al hacerlo, me pregunto si existe la posibilidad de una nueva «Era Regulatoria» en Estados Unidos y, de ser así, en qué puede consistir. No planteo lo que es *probable* que suceda, puesto que eso sería especulación política. Más bien, me centro en el derecho existente como fundamento para la reforma.

1. EL JAZZ DEL DERECHO

Para tratar estas cuestiones, incorporaré —tal y como sugiere el título— algunos recursos novedosos a los problemas de la reforma del derecho. Mis preséramos vienen de la música y, específicamente, del *jazz*. Se trata de un mundo de mi interés personal, ya que fui batería de *jazz* mucho antes de ser jurista y sigo tocando *jazz*. Por ser un hábito ya prolongado también pienso en el *jazz*, aunque por qué recorro a él en el contexto de este estudio es algo que se hará más evidente en breve. Pero, tal vez, proceden unas pocas palabras para explicar brevemente lo que quiero decir con «pensando en *jazz*»⁵³.

Primero: la esencia del *jazz* es la improvisación. Esto incentiva la creación de nuevas melodías dentro de las estructuras armónicas y de los patrones rítmicos preexistentes, que también son capaces de adaptación, movimiento y cambio. La improvisación del *jazz* se produce, pues, dentro de un conjunto de estructuras

⁵³ Paul Berliner (1994), *Thinking in Jazz: The Infinite Art of Improvisation*, Chicago: University of Chicago Press.

dinámicas melódicas, armónicas y rítmicas, todas ellas con reglas propias, pero múltiples formas de aplicarlas.

Segundo: en su mejor versión, el *jazz* consiste en una sucesión de sorpresas, sorpresas que a menudo nacen de un cierto tipo de disonancia melódica y armónica que emana del *blues* o de las escalas de *jazz* (por ejemplo), así como de las múltiples alternativas melódicas y armónicas que estas hacen posible. Estas alternativas no son en absoluto aleatorias o desestructuradas, pero tampoco son totalmente predecibles.

Tercero: en cuanto al asunto de la predictibilidad, es importante señalar que parte del *jazz* también es, de otras maneras, disciplinado. Mucha gente se sorprende de que cierto *jazz* esté escrito en forma de arreglos que proporcionan una plataforma para las improvisaciones de los músicos. También se escriben las melodías originales que son el primer punto de partida de las improvisaciones, los llamados encabezamientos o cabeceras⁵⁴ de las melodías que se tocan.

Luego están los intérpretes y, con ellos, los modos en que sus actuaciones combinan virtuosismo e inspiración, ejercitación y casualidad, escucha profunda, colaboración adaptativa, compromiso mutuo y movimiento musical. Todas estas cualidades se extienden también a otras formas de asociación colectiva relevantes para nuestro debate, como explicaré más adelante.

Y, finalmente, con suficiente atención, habilidad y creatividad, los músicos de *jazz* pueden aprovechar los errores de los demás como oportunidades para intentar algo nuevo. Pienso ahora en una historia contada por Herbie Hancock en sus conferencias *Norton*, en Harvard, hace unos años. Herbie Hancock es un gran pianista de *jazz* que ha tenido una larga carrera, incluyendo —a la edad de 79 años— un concierto en Madrid hace unas semanas. En su primera conferencia en Harvard, cuenta la historia de un concierto que dio acompañando a Miles Davis en Estocolmo (Suecia). En un momento dado, Hancock se dio cuenta, con horror, de que había tocado un acorde equivocado y, al mismo tiempo, de que Miles Davis había encontrado la manera de hacer que fuera el acorde correcto, adaptándose inmediatamente a su inesperada entrada musical. Pienso en esto a modo de lección sobre cómo tienen lugar los cambios positivos. Los resultados positivos no están garantizados, pero son posibles incluso cuando son inesperados.

Durante el resto de este estudio recurriré a estas concepciones acerca de cómo se crea el *jazz*, esto es, de cómo las reglas y estructuras pueden proporcionar el marco para una nueva música, amparando percepciones y fuentes de creatividad renovadas, en orden a explorar en mayor medida la posibilidad de aliviar el déficit democrático en la vida pública. El *jazz* nos da una norma a la que aspirar, ya que, como él, una reforma legal exitosa necesita crear no solo modelos dinámicos de cambio, sino también una renovación sostenible.

⁵⁴ El término jazzístico técnico es «head», en el original. [N. del T.]

2. EL POTENCIAL DE REFORMA

De vuelta al derecho, a continuación analizaré dos modificaciones legislativas relativas a la privatización y también el *jazz* que podrían hacer posible dicha reforma. Me refiero al *jazz* aquí porque estas propuestas permitirán que sean escuchadas más voces en todas las etapas del proceso de externalización, así como proporcionar a estos nuevos actores la información que necesitan como participantes en una democracia.

En estrecha relación con las reformas legales que plantearé, la última parte se centrará en los argumentos que apoyan la intervención del Gobierno. Actualmente, las razones que se admiten para esa intervención afectan a casos en que existen «fallos del mercado». Propondré reformas que amplíen el concepto de fallo de mercado más allá de sus actuales y estrechas preocupaciones económicas. Mi objetivo es fomentar la entrada de valores no económicos en la adopción de decisiones administrativas. Mi pensamiento en este sentido se ha visto influido por un artículo clásico del entonces profesor, ahora juez, Breyer⁵⁵.

En su artículo de 1979 —un momento en el que la desregulación no era todavía la norma— el juez Breyer presentó un marco para la reforma de la regulación económica (precios, tarifas, finanzas y similares), prestando especial atención a las motivaciones de la regulación. Este aspecto de su artículo se refiere en gran medida a las preocupaciones de estos estudios.

Como punto de partida, Breyer toma como regla un mercado no regulado. Sostiene que la intervención del Estado se justifica solo cuando la regulación es necesaria para lograr un objetivo público importante, que un mercado no regulado no proporcionaría. Esta idea de «fallo de mercado» lo es en sentido económico. La idea de Breyer ha dominado durante mucho tiempo el pensamiento de los Estados Unidos sobre la justificación de la intervención pública a través de la regulación.

Desde mi punto de vista, esa limitada idea de fallo de mercado, entendida en su sentido económico, puede y debe ampliarse a las consecuencias sociales de la actividad del mercado, para abarcar, por ejemplo, a aquellas personas directamente afectadas por las cláusulas de un contrato de externalización, pero no reconocidas ni como terceros beneficiarios de las prestaciones contractuales ni como partes interesadas⁵⁶.

Como sabemos, la mercantilización se ha ampliado y lo que yo sugiero es que la idea de fallo del mercado se amplíe con ella. Necesitamos un nuevo lenguaje para debatir las dimensiones sociales de, por ejemplo, las grandes disparidades en la riqueza o los efectos a largo plazo del cambio climático sobre las comunidades y los estilos de vida personales. O, por tomar otro ejemplo, ¿cómo articulamos

⁵⁵ Stephen Breyer (1979), «Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform», 92 *Harvard Law Review*, 547.

⁵⁶ Samuel Bowles (2016), *The Moral Economy*, Yale Univ. Press.

el fracaso del mercado inherente a situaciones que desafían la mercantilización, como sucede cuando la asistencia sanitaria es necesaria pero no se proporciona⁵⁷? ¿Cuándo podemos decir que la dignidad de las personas justifica la intervención pública, más allá de las exclusivas consideraciones sobre los costes⁵⁸?

El *jazz* genera expectativas de cara a tener en cuenta nuevas posibilidades, disponiéndonos a aceptar la disonancia como una oportunidad para remarcar principios fundamentales como la equidad⁵⁹ y el bienestar. Con este propósito, pienso en otra historia que Herbie Hancock contó en sus conferencias de Harvard hace unos años⁶⁰. Siendo un músico muy joven en la banda de Miles Davis, se sentía bloqueado creativamente, tocando los mismos solos una y otra vez, incapaz de interpretar nada nuevo ni bueno. Estaba frustrado y Miles Davis lo vio una noche en el escenario. Davis se volvió hacia él y, susurrando, le dijo que no tocara las «notas de mantequilla»⁶¹.

Las «notas de mantequilla» son las notas que definen los acordes de una melodía, normalmente la tercera y séptima del acorde. Determinan si este es mayor o menor, dominante u otro tipo de séptima, entre otras cosas. Así que Davis le dijo a Herbie Hancock que tocara *alrededor* de las notas definitorias, pero no estas en sí. Las «notas de mantequilla» son las notas que esperas; las escucharemos tanto si se tocan como si no. Dominan la expectativa, ocupando espacio armónico que podría utilizarse en su lugar para *extender* los acordes, con quintas y novenas sostenidas y bemoles, undécimas y decimoterceras aumentadas y similares, proporcionando nuevas notas y escalas que nos permiten escuchar e improvisar nuevamente.

Concibo los aspectos económicos del interés público como las «notas de mantequilla», algo que ya conocemos y esperamos. Pero eso no es todo lo que hay en la música. Al no tocarlas ni depender ampliamente solo de esas notas, hacemos espacio para otra música, es decir, para argumentos que se fundamentan en valores no económicos, a modo de notas enriquecedoras que pueden ampliar una melodía o nuestra idea del interés público, en nuevas y más integradoras direcciones.

⁵⁷ Lawrence Hamilton (2003), *The Political Philosophy of Needs*, Cambridge Univ. Press, pág. 1.

⁵⁸ Michael Rosen (2012), *Dignity*, Harvard Univ. Press. Véase el tratamiento de *Goldberg v. Kelly*, *infra*.

⁵⁹ A lo largo del discurso del autor surge varias veces la expresión «Fairness», que no dispone de un equivalente unívoco en español. En ocasiones, la hemos traducido más ampliamente por «justicia», en otras, como esta, por «equidad», en otras, en fin, como «imparcialidad», según el contexto. [*N. del T.*]

⁶⁰ El legendario pianista y compositor Herbie Hancock fue nombrado profesor de Poesía “Charles Eliot Norton” en 2014 por el *Mahindra Humanities Center* de la Universidad de Harvard. Hancock impartió seis conferencias Norton, dentro de una serie titulada «La ética del *jazz*», entre febrero y marzo de ese año. Puede accederse a las mismas aquí: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLFT-q6IUNLEEIdVFXylP8q41axib6ycOn>.

⁶¹ El término técnico es el de «butter notes», en el original. [*N. del T.*]

En ese espíritu abierto, consideremos ahora de qué modo pensar con el *jazz* puede hacer avanzar las posibilidades de una reforma del derecho.

3. PROPUESTAS LEGISLATIVAS

3.1. *El déficit democrático*

Además de la Constitución, las dos leyes de derecho público más importantes y pertinentes para nuestro debate son la Ley de Procedimiento Administrativo (o «APA»⁶²) y la Ley de Libertad de Información (o «FOIA»⁶³). La inaplicabilidad de la APA y la FOIA en contextos de privatización/externalización tiene mucho que ver con la limitación —si no con la eliminación total— de la democracia administrativa en tales contextos.

Ambas leyes se aplican únicamente a las «agencias gubernamentales», entendidas según la interpretación restrictiva sostenida por la doctrina de la acción estatal. Como se ha indicado anteriormente, esta doctrina excluye a las entidades privadas. Por consiguiente, disposiciones de la APA, como sus procesos de elaboración de normas, que de otra manera podrían vincular a las agencias gubernamentales, no resultan aplicables a los proveedores privados de esos mismos servicios.

Además, incluso si la APA se aplicara, lo haría con una excepción incorporada. Los contratos no se consideran decisiones jurídico-públicas. Esto se debe a que, en 1946, cuando se aprobó la ley, los contratos que se tuvieron en cuenta eran de naturaleza totalmente comercial: contratos para la limpieza de instalaciones, preparación de alimentos en cafeterías, pintura de salas de reuniones y similares. No se esperaba que fueran contratos para desarrollar las funciones públicas esenciales de la propia agencia. Incluso cuando las leyes de externalización se aplican a los contratos, el hecho es que estas leyes fueron concebidas principalmente para la ejecución de infraestructuras —carreteras, puentes y similares—. De ahí que sus principales preocupaciones contractuales sean la transparencia y la imparcialidad del proceso de licitación. En consecuencia, la APA no se aplica a las decisiones de externalización de las funciones propias de una agencia, ni siquiera si esas funciones son públicas, atribuidas por el Congreso o un legislador estatal.

Además, las motivaciones aducidas para esta exención, en virtud de la doctrina de la acción estatal, suelen implicar la hipótesis de que la formulación de políticas y la administración son esferas separadas. Esta conjetura es otra «nota de mantequilla». ¿Qué mejor música podría ocultar o desplazar esta presunción? Para empezar, según convienen la mayoría de los autores, la distinción binaria entre planteamiento de políticas y administración tiende a relegar la aceptación de que, inevitablemente, los actores privados hacen política cuando ejecutan los

⁶² Véase *supra*, nota 9. [N. del T.]

⁶³ Véase *supra*, nota 25. [N. del T.]

contratos a cuyo amparo operan, allí donde haya seres humanos afectados. En la gestión de la vida cotidiana de los presos, por ejemplo, resulta inevitable mezclar la política con la ejecución en tiempo real.

Pensar con el *jazz* muestra la posibilidad de trabajar en otras notas. A mi juicio, el reconocimiento de la relación entre política y administración en ámbitos privados deja espacio para un nuevo tipo de derecho administrativo, que respondería al déficit democrático asociado a la privatización. El derecho administrativo no tiene por qué fundamentarse únicamente en los enfoques procedimentales tradicionales diseñados para tiempos pasados, cuando las agencias gubernamentales desempeñaban funciones reguladoras más tradicionales. Tal vez la externalización sea el camino a seguir, pero la agencia en cuestión debería primero hacer público su plan para recurrir a ella, así como un borrador del propio contrato propuesto.

De hecho, el papel que propongo para el derecho administrativo no está relacionado *per se* con la regulación, sino con la democracia en general. Después de todo, los valores del derecho público —transparencia, participación, imparcialidad y responsabilidad— son tan vitales para un floreciente sector público-privado como lo son para el Estado. Llevar los valores del derecho público a los contratos públicos con entidades del sector privado equivaldría a un mejor *jazz*, incorporando y luego ampliando a partir de las «notas de mantequilla» del neoliberalismo integrado y la doctrina de la acción estatal.

Extender los valores prodemocráticos de la APA a estos acuerdos híbridos público-privados contribuiría a la legitimidad misma de estas iniciativas. El pragmatismo de esas ampliaciones supondría la creación de foros públicos para aportar y debatir, así como un flujo de información que fomentaría una relevante política en torno a las decisiones de los agentes privados cuando actúan en nombre del interés público.

Tal y como están las cosas en la actualidad con respecto a los contratos de externalización en el marco de la APA, o a cualquier contrato sobre esta materia, esa ley no se aplica. Sólo se consideran participantes la agencia y los posibles proveedores privados. Los terceros usuarios o beneficiarios de las prestaciones y otros interesados suelen quedar excluidos. Es más, la decisión inicial de externalizar o no ciertas funciones regulatorias rara vez se valora públicamente y casi nunca está abierta a las aportaciones del público en general. Tampoco se ponen a disposición del público, durante el proceso de negociación, los objetivos sustantivos ni las condiciones del contrato. Las evaluaciones de los costes se hacen casi totalmente en términos económicos. Estas limitaciones son objetivos apropiados para una reforma.

En el marco de una APA revisada (y también al margen de ella) habría muchas maneras de restaurar los déficits democráticos, siempre que se mirara más allá de las «notas de mantequilla» de la doctrina de la acción estatal, para reconocer la relevancia que los contratos público-privados presentan para la vida democrática.

3.2. El déficit de transparencia

Un elemento integrante del déficit democrático es lo que podríamos llamar déficit de transparencia, es decir, un apagón de información relevante para el público sobre el trabajo desarrollado por una agencia administrativa o su delegado⁶⁴. Actualmente, la Ley de Libertad de Información (FOIA) restringe su aplicación a las agencias gubernamentales; sin embargo, existe espacio para extender esta «nota de mantequilla» a las entidades privadas que gestionan el trabajo del Gobierno.

El objetivo principal de la FOIA es proteger el derecho de los «ciudadanos» a estar informados sobre «lo que hace su gobierno», una preocupación por la transparencia del Gobierno que recuerda a los redactores de la Constitución. Esto resulta un poco técnico, pero los detalles son importantes para mostrar por qué una dicotomía entre entidades públicas y privadas crea problemas de transparencia.

La FOIA —como la APA— tipifica una concepción rígidamente binaria de la relación público-privado. Los proveedores privados casi siempre quedan fuera del ámbito de la FOIA, incluso cuando prestan servicios públicos en virtud de contratos con agencias públicas. El Congreso quería que la FOIA se aplicara a las entidades que «realizan funciones gubernamentales y controlan información de interés para el público», pero la ley, en su literalidad, se refiere únicamente a «agencia» y a «expediente(s) de una agencia»⁶⁵.

Los tribunales definen una agencia como una entidad sometida a una «supervisión federal sustancial» y activa sobre su funcionamiento. Esto excluye a la mayoría de las entidades privadas. Pero incluso si una entidad privada cumple con este estándar y viene reconocida como una «corporación controlada por el Gobierno» (y, por lo tanto, como una «agencia»), el componente del «expediente de una agencia» impondría un obstáculo adicional. Según la interpretación de los tribunales, un expediente es un «expediente de agencia» solo si está en posesión de una agencia y es conservado para uso oficial.

La nítida línea trazada históricamente entre lo público y lo privado, a través de doctrinas profundamente arraigadas —como la de la «acción estatal»— y las leyes APA y FOIA, es artificial. La misma no asume que la privatización es hoy en día, en gran medida, una forma de acción pública. El «Gobierno» con el que interactúa el ciudadano medio es una compleja mezcla de actores privados y públicos, legitimados por una intrincada red de leyes, reglamentos, contratos y fórmulas asociativas menos formales. Para que las entidades gubernamentales rindan cuen-

⁶⁴ Alfred Aman y Landyn Rookard (2019), «Private Government and the Transparency Deficit», *Administrative Law Review*, 71, 437.

⁶⁵ Y, dado que la definición de «agencia» incluía la «corporación controlada por el Gobierno» como algo separado de, aunque junto a, la «corporación gubernamental», los tribunales rápidamente rechazaron la idea de que el control financiero pudiera, por sí solo, ser suficiente.

tas es necesario que sus decisiones se conozcan y se sometan a control, incluso cuando la entidad en cuestión sea una empresa privada.

4. ARGUMENTOS PARA UNA INTERVENCIÓN SUSTANTIVA

Pasemos ahora a la cuestión de las razones para la intervención del Estado que he mencionado antes, en el contexto del artículo del juez Breyer sobre las motivaciones de la regulación. Como ya he sugerido, un concepto más amplio de «fallo del mercado» abriría un camino para reparar, al menos, algunos aspectos del déficit democrático. ¿Cómo puede lograrse esto utilizando el derecho existente?

En esta parte de mi argumentación, propongo que se utilice el concepto de «equidad administrativa»⁶⁶ como base para ampliar los fundamentos de una intervención sustantiva. Comencemos con las excepciones a las normas administrativas bajo la rúbrica de la equidad constitucional.

4.1. *Equidad constitucional: excepciones a las normas*

Las reformas privatizadoras del tipo que se han analizado están limitadas por dos aspectos fundamentales del derecho de los Estados Unidos: nuestra Constitución basada en los derechos negativos y nuestra, supuestamente arrolladora, preferencia por los enfoques regulatorios utilitarios. Ampliar la aplicabilidad de la equidad administrativa constituye un modo de superar estas limitaciones.

La equidad administrativa sirve como un puente conceptual entre las normas determinadas colectivamente y la realidad de un caso particular. Se refiere a los principios y normas sustantivas que pueden justificar excepciones individuales a las reglas de general aplicación. En este sentido, la equidad administrativa se ocupa principalmente de los efectos que un esquema regulatorio produce sobre aquellos a quienes se exige soportar el coste de dicha regulación⁶⁷.

Por su propia naturaleza, las excepciones nos traen de vuelta al *jazz*, puesto que el nuevo derecho que ellas habilitan está impregnado de los propósitos y estructuras de la norma original, pero no se limita a ellos. Aunque el concepto de equidad administrativa se asocia actualmente, sobre todo, a normas demasiado o poco inclusivas, puede (y creo que debería) aplicarse también a la Constitución. Sigamos este punto con un ejemplo.

A finales de la primavera de 2018, la Administración Trump anunció lo que denominó una política de «tolerancia cero» hacia los inmigrantes que cruzaran

⁶⁶ Alfred C. Aman Jr. (1982), «Administrative Equity: An Analysis of Exceptions to Administrative Rules», *Duke Law Journal*, págs. 277-331; accesible en: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol31/iss2/2> (los pasajes del texto están extraídos de este artículo).

⁶⁷ *Ibid.*

ilegalmente la frontera suroccidental⁶⁸. Los adultos detenidos eran objeto de un proceso penal. Los padres eran separados de cualquier niño que los acompañara. Sus hijos eran ubicados en la «Oficina de Refugiados y Reasentamiento» (ORR) del «Departamento de Salud y Servicios Sociales» (HHS)⁶⁹. Y, a pesar de esta política, el Gobierno no disponía de «ningún procedimiento habilitado para la reunificación de estas familias»⁷⁰. Inmediatamente se interpusieron numerosas demandas.

La primera de ellas en alcanzar la fase de adopción de medidas cautelares⁷¹ fue *Ms. L. v. Immigration and Customs Enforcement (ICE)*, en el Distrito Sur de California, donde —en palabras del tribunal— los demandantes buscaron «una medida cautelar dirigida a prohibir la separación de [...] los niños en el futuro, en ausencia de cualquier constatación de que el progenitor no sea apto o presente un peligro para el niño, así como a exigir la reunificación de estas familias, una vez que el progenitor sea devuelto a la custodia de las autoridades de inmigración, a menos que él mismo decida que no es apto o presenta un peligro para el niño»⁷².

La jueza Dana Sabraw comenzó reconociendo que el Poder Ejecutivo podía legítimamente ejercer sus poderes coercitivos «para retener a las personas que entraban legalmente en los Estados Unidos y para detener a las que lo hacían ilegalmente». Sin embargo, no podía separar a los padres de sus hijos⁷³, de acuerdo con lo que el Tribunal llamó «vertiente sustantiva de la cláusula del proceso debido»⁷⁴.

⁶⁸ La política de tolerancia cero comenzó de manera informal ya el 1 de julio de 2017 y, más tarde, se convirtió en formal.

⁶⁹ «Department of Health and Human Services» (HHS), «Office of Refugee and Resettlement» (ORR), en el original. [*N. del T.*]

⁷⁰ 310 F. Supp. 3d 1133 (S.D. Cal. 2018).

⁷¹ «Preliminary injunction», en el original. Se trata de una decisión procesal no definitiva del derecho norteamericano. Aunque no existe una correspondencia exacta con nuestras medidas cautelares, creemos que la equivalencia contextual es admisible, a la vista, además, de su limitada relevancia para la comprensión esencial del discurso seguido por el autor. [*N. del T.*]

⁷² 310 F. Supp. 3d 1133 (S.D. Cal. 2018).

⁷³ En palabras del tribunal: «Esta práctica de separar a los actores de sus hijos menores y de no reagruparlos con ellos, sin que se demuestre que el padre o la madre no es apto o representa un peligro para el niño, es suficiente para que los demandantes tengan probabilidades de éxito en su pretensión relativa al procedimiento debido. Cuando se combina con el modo en que está siendo verificada esa práctica, por ejemplo, la falta de procedimientos o protocolos eficaces para notificar a los padres el paradero de sus hijos o para asegurar la comunicación entre los padres y los hijos, y la utilización de estos como instrumentos en los procesos penales y de inmigración tramitados contra los padres, se asegura una acreditada probabilidad de éxito. Es probable que una práctica de este tipo, aplicada de esta manera [viola el *substantive due process*]».

⁷⁴ «Substantive due process», en el original. Véase *supra*, nota 4. [*N. del T.*]

La vertiente sustantiva de la cláusula del proceso debido (*substantive due process*) alude a una vía en virtud de la cual un tribunal puede decir: necesitamos una excepción a las habituales reglas del procedimiento debido en vigor (y aquí no había ninguna!). Es controvertido, ya que algunos críticos conciben este aspecto sustantivo del *due process* como una censurable manifestación de activismo judicial, una especie de «legislación judicial». Sin embargo, en este caso, el tribunal sostuvo que la gravedad del daño exigía su actuación.

La sentencia del tribunal en *Ms. L v. ICE* recuerda otro relevante caso sobre derechos asistenciales fallado en 1970, *Goldberg v. Kelly*⁷⁵. El supuesto afectaba a la extinción de las prestaciones asistenciales de un individuo, sin una adecuada audiencia previa a dicha terminación. Dado lo que estaba en juego —las «brutales necesidades» de los beneficiarios de la asistencia social (en palabras del tribunal)—, el tribunal concluyó que las actuaciones propias del debido proceso eran constitucionalmente exigidas, como condición previa para la adopción de una decisión de tal magnitud. De hecho, el órgano jurisdiccional dictaminó que la dignidad misma de las personas involucradas lo requería⁷⁶.

Pero, poco después, ese respeto del Tribunal por una dignidad personal sometida a la presión de necesidades brutales retrocedió a favor de un enfoque basado en los costes. En 1976, la histórica decisión del Tribunal Supremo en el caso *Mathews v. Eldridge*⁷⁷ llegó a un resultado muy diferente. Este litigio también consistió en una impugnación sobre la constitucionalidad de los procedimientos estatales previos a la extinción de una prestación social, esta vez en el contexto de las prestaciones por incapacidad, no de la asistencia social⁷⁸.

Al recurrente, George Eldridge, se le habían denegado las prestaciones por incapacidad laboral sin ninguna actuación procedimental previa significativa y, como consecuencia de ello, terminó viviendo en la calle. Finalmente, obtuvo el derecho a una paga social, pero el proceso para ello es largo y, mientras se trami-

⁷⁵ 397 U.S. 254.

⁷⁶ El juez Brennan escribió elocuentemente: «Desde su fundación, el compromiso básico de la Nación ha sido fomentar la dignidad y el bienestar de todas las personas dentro de sus fronteras. Hemos llegado a admitir que las fuerzas que no están bajo el control de los pobres contribuyen a su pobreza. La asistencia pública [...] no es mera caridad, sino un medio para “promover el bienestar general y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros y nuestra posteridad”».

⁷⁷ 424 U.S. 319.

⁷⁸ El demandante, George Eldridge, percibió por primera vez prestaciones por incapacidad en 1968. Cuando estas fueron extinguidas en 1972, impugnó los procedimientos previos de la agencia estatal como inconstitucionales, recurriendo a *Goldberg* como el precedente pertinente. Sin embargo, el Tribunal comenzó su análisis distinguiendo su caso del de *Goldberg*, señalando las diferencias en el estatuto legal de los recurrentes de cara a obtener las distintas prestaciones. En efecto, sostuvo que la asistencia social (caso de *Goldberg*) iba destinada a los pobres, mientras que las prestaciones por incapacidad (caso del señor Eldridge) estaban reservadas a los contribuyentes y Eldridge estaba desempleado.

taba, no tenía medios de subsistencia. Sin embargo, el tribunal no consideró que las necesidades individuales de George Eldridge fueran decisivas. Su caso versaba sobre prestaciones por discapacidad (no sobre asistencia social, como el otro) y él mismo pertenecía a un grupo formado por personas con muy diferentes tipos de necesidades financieras y de capacidades. Para determinar en qué medida era exigible el procedimiento, el tribunal recurrió en su caso a un examen utilitario basado en el test de los tres factores⁷⁹. El resultado fue, en efecto, el siguiente: que, bajo la doctrina de *Mathews*, un demandante como Eldridge podía vencer y beneficiarse de actuaciones procedimentales sustanciales previas a la extinción de sus prestaciones por incapacidad solo si acreditaba que la carga procedimental reclamada a su caso individual añadiría valor a los procedimientos aplicables a *todos* los casos.

En mi opinión, las condiciones de dignidad que justificaron el *due process* para todos los beneficiarios de la asistencia social debieron haber amparado una excepción a dicho principio para George Eldridge, aunque su demanda solo se refería a cuestiones de discapacidad. Las necesidades de Eldridge no eran las típicas del colectivo de demandantes al que el tribunal creyó que pertenecía; de hecho, eran similares a las de Goldberg, aquellas en las que la dignidad individual y la necesidad brutal deberían haber sido razones suficientes, también en su caso, para una audiencia previa al cese en la percepción del beneficio.

4.2. Excepciones regulatorias

Como ilustra *Mathews*, las excepciones constitucionales son tan difíciles de predecir como de merecer confianza, en gran parte porque hoy se considera el *substantive due process* como un argumento muy inusual. Las excepciones regulatorias a los reglamentos de las agencias son mucho más comunes. De hecho, en este contexto, la equidad administrativa adopta muchas formas. Puede entrañar excepciones, exenciones, modificaciones, variaciones, rescisiones, cartas de abstención (*no-action letter*) e interpretaciones, entre otros mecanismos regulatorios⁸⁰.

⁷⁹ Tres factores diferenciados fueron considerados al efecto cruciales: 1) el interés privado que se vería afectado por la actuación pública; 2) el riesgo de una lesión irregular de dicho interés a través de los procedimientos utilizados, así como el valor estimado, si lo hubiera, de las garantías procedimentales adicionales o sustitutivas; y, por último, 3) el interés del Gobierno, incluidas la función afectada y las cargas fiscales y administrativas que el requisito procedimental adicional o sustitutivo conllevara.

⁸⁰ La mayor parte de las actuaciones mencionadas por el autor constituyen expedientes informales empleados en el seno de las agencias para distintas operaciones interpretativas, en sentido amplio, en relación con el marco regulatorio aplicable a los operadores, en los sectores en que cada una actúa. En general, forman parte de los mismos poderes regulatorios que, legalmente, el Legislativo atribuye a estos organismos. En tanto que expresión de esas facultades interpretativas inherentes a las agencias, estas prácticas se

Centrémonos en las excepciones que pueden concederse en caso de que el cumplimiento de la norma en cuestión pudiera crear una dificultad sustancial. Hay cuatro tipos bien reconocidos de excepciones por dificultades: económicas, tecnológicas, legales y médicas. Pero estas no son suficientes para cubrir el concepto de fallo de mercado, más amplio, que propongo.

Las normas basadas en el mercado pueden ser, con frecuencia, involuntariamente demasiado inclusivas y esto también debería reconocerse como un argumento a favor de las excepciones fundamentadas en principios no relacionados con el mercado. Por ejemplo, los enfoques desreguladores de la contaminación ambiental pueden reducir los costes generales de un fabricante, pero esos ahorros se pueden convertir en el precio de la salud de los niños que viven cerca de un vertedero contaminado, o en los valores de mercado de las casas vecinas. Este es solo un ejemplo de contexto en el que la equidad administrativa exige una excepción, si no un procedimiento de reforma de la norma de que se trate. De hecho, cualquier justificación en términos de eficiencia debe estar vinculada a la pregunta: «¿Eficiente para quién?».

Como ampliaciones de las cuatro excepciones fundamentadas en dificultades y pensando en el *jazz*, propongo la dignidad, el bienestar y la desigualdad (es decir, el impacto dispar) como dificultades que justificarían excepciones.

4.3. *Legislación correctiva*

El legislador también puede proporcionar un alivio excepcional de modo directo. No hace mucho, en un mitin político, el presidente Trump adoptó la postura de que: «Los que buscan ser admitidos en nuestro país deben ser capaces de mantenerse económicamente y no deben usar la asistencia social durante, al menos, un período de cinco años». Por muy duro que sonara, lo cierto es que esto ya era derecho vigente, aprobado por el Congreso en 1996 bajo la Administración Clinton. Con muy pocas excepciones, los inmigrantes deben esperar cinco años antes de poder acceder a prestaciones públicas fede-

benefician, aun de manera variable, de la consistente deferencia judicial (*Deference*) a que ya nos referimos *supra*, nota 10. Su contenido es variado. Bien pueden proponer al órgano de gobierno de una agencia que no emprenda acciones ejecutivas o sancionadoras contra un operador incumplidor, a la vista de las circunstancias concurrentes en su caso (*no-action letter*), bien sientan un criterio interpretativo sobre el alcance de una determinada norma legal o reglamentaria (*interpretive* o *interpretative letter*), bien fijan la exención de cierto operador respecto de la aplicación de una determinada norma, a la vista de las circunstancias concurrentes (*exemptive letter*). Aunque algunas suelen comprometer a la agencia en su conjunto (así, las últimas), lo ordinario es que provengan de y vinculen solo al personal técnico que las evacua. En dicho *staff* técnico se residencia la *expertise*, cualidad sobre la que, fundamentalmente, descansa la independencia y habitual prestigio de estos organismos. [N. del T.]

rales. Los inmigrantes indocumentados no pueden optar en ningún momento a estas prestaciones⁸¹.

La política de la era Clinton tuvo muchos críticos. Como señaló un analista, si el objetivo de la política es «mantener comunidades sanas y productivas y apoyar a los que contribuyen a nuestras economías locales y nacional», la prohibición de los cinco años es una «política que resulta contraproducente». Algunos Estados han reconocido este interés público más amplio, al menos para los inmigrantes menores de 19 años, y han aprobado una legislación correctiva⁸².

Aunque esa reforma legislativa tiene el propósito explícito de mejorar la productividad económica general (un criterio de mercado), esas leyes destacan, sin embargo, la importancia del bienestar colectivo, trascendiendo el discurso puramente económico para promover una idea de colectividad sin exclusiones.

Este es solo un ejemplo de la manera en que la legislación correctiva introduce el *jazz* en el procedimiento, al admitir y facilitar un valor comunitario de referencia como punto de partida para el análisis económico. En este ejemplo, la salud y el oportuno acceso a la asistencia sanitaria se convierten en la base armónica y rítmica para nuevas melodías del interés público.

El *jazz* no proporciona respuestas, pero sí una expresión de colaboración, movimiento y la promesa de cambio. Considero el derecho administrativo como el *jazz* del derecho, apto para un compromiso con los valores que podrían contribuir a revitalizar la democracia de Estados Unidos, así como conducirnos a una nueva y más humana Era Regulatoria.

⁸¹ *Nation Magazine*; véase también *Public Law XXX: Individual Responsibility and Immigration Reform Act*.

⁸² Por ejemplo, una ley de California, aprobada en 2015, amplió «Medi-Cal» —el programa estatal de “Medicaid” para habitantes con bajos ingresos— a todas las personas del Estado menores de 19 años de edad, independientemente de su condición de inmigrantes. Al hacerlo, California se unió a otros cuatro Estados: Illinois, Massachusetts, Nueva York y Washington, así como al Distrito de Columbia.

