

Algunas notas acerca de los orígenes jurisprudenciales de la regulación económica de las *public utilities* y su influencia en la formación del derecho administrativo norteamericano^(*)^(**)

Ramón Huapaya Tapia^(***)

La intervención del Estado en la economía ha dado lugar a dos importantes sistemas: el norteamericano o de regulación económica y el sistema europeo que dio lugar al desarrollo del Estado benefactor y prestador de servicios públicos.

En el presente trabajo, el autor pretende demostrar cómo es que ambos sistemas, contrapuestos en sus orígenes y con marcadas diferencias en sus planteamientos, han perseguido desde siempre la misma finalidad: conciliar el interés público y las libertades individuales. Para ello, nos presenta la evolución del modelo regulatorio norteamericano y lo que en él ha significado el concepto denominado «poder de policía».

No cabe duda de que vivimos una época interesantísima para el estudio de los problemas del Derecho Administrativo, debido a que el mismo se encuentra signado por varios procesos paralelos y/o previos entre sí, llamados *globalización, desregulación, liberalización, privatización, simplificación*¹, y otras nomenclaturas similares. Dentro de esta coyuntura, delimitar las competencias y potestades de intervención estatal en la economía, así como la amplitud del ejercicio de los derechos y libertades de los particulares es una tarea necesaria, pero particularmente difícil.

Difícil, tanto porque involucra el dar un digno entorno a los sólidamente acendrados principios del Estado de Bienestar como reglas directrices de la actuación estatal en la economía, y sustituirlos por los criterios de un nuevo modelo de Estado, signado por el principio de *subsidiariedad* económica², y por la ocurrencia de los procesos llamados de *liberalización y desregulación* de la economía, ideas todas asociadas a la noción de un Estado reducido en su extensión y tamaño pero dotado de los poderes suficientes para cumplir un nuevo rol: el de **autoridad** del sistema económico; en suma, un *Estado Regulador*³.

(*) Al profesor Oscar Aguilar Valdez, con admiración y amistad.

(**) Resulta oportuno establecer una breve aclaración respecto del sistema de notación al pie de p de las sentencias seguido en las publicaciones jurídicas angloamericanas. En dicho país cuando se citan las resoluciones judiciales se señala lo siguiente: 1) indicación de los nombres de actor y demandado; 2) Noero del volumen de la recopilación oficial de sentencias; 3) sigla que indica si se trata de la recopilación de las sentencias dictadas por los tribunales federales (en cuyo caso la sigla es US para las sentencias de la Corte Suprema y Fed. para las sentencias de los otros tribunales federales) o de una recopilación de sentencias de los tribunales de un Estado determinado (sigla del Estado referido: NY, RI, etc.); 4) p del volumen; 5) fecha. Citamos un ejemplo: *Munn vs. Illinois*, 94 U.S., 113, 1877. En este caso *Munn* era el actor, el *Estado de Illinois* el demandado; el caso ha sido decidido por la Corte Suprema (U.S.); el volumen de la recopilación federal es el tomo 94º y la p del referido volumen de compilación, la 113.

Finalmente, hay que tener presente que en los primeros años de funcionamiento de la Corte Suprema federal, las sentencias se recopilaban en volúmenes que no eran distinguidos por la sigla US, sino por el nombre del secretario de la Corte. Por ejemplo: *Marbury vs. Madison*, 1 Cranch 137 (1803). La información la tomamos de ADAMS, John Clarke: *El derecho administrativo norteamericano*. EUDEBA. Buenos Aires, 1964. Ps 98-99

(***) Abogado «*summa cum laude*», Universidad de Lima. Profesor de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Para una renovada visión de estos términos en el ámbito del Derecho Público, puede verse, con provecho: MIR PUIGPELAT, Oriol. «Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo». Editorial Thomson-Civitas. Madrid, 2004. Sin duda alguna, este libro es uno de los más provechosos resúmenes del estado actual de las cosas en el Derecho Administrativo moderno.

2 Presente en la Constitución peruana de 1993, artículo 60º. Ha sido ampliamente reconocido por doctrina nacional y extranjera. Por la doctrina chilena, véase: FERNANDOIS VEHRINGER, Arturo. «Derecho Constitucional Económico». Tomo I. Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2001.

3 Respecto del concepto y la fundamentación ideológica del Estado Regulador, puede consultarse, entre otros a MAJONE, Giandomenico y Antonio SPINA. «Lo Stato Regulatore». Il Mulino. Bologna, 2000; CARBAJALES, Mariano: «El Estado

Dentro de la vorágine intelectual y legislativa que se ha producido a merced de los conceptos anteriormente señalados, es importante señalar que se ha producido un fenómeno peculiar en nuestro Derecho Público, formado esencialmente a través de las instituciones del Derecho Administrativo de corte francés: nos referimos a la recepción de instituciones jurídicas provenientes del Derecho anglosajón, particularmente en lo referido a la actividad administrativa concerniente a la ordenación y el régimen de intervención estatal en la economía. Las pruebas que existen en nuestro ordenamiento jurídico son palpables y podemos citar como ejemplo más claro la ordenación normativa del régimen jurídico de los servicios públicos y de los Organismos Reguladores de los mismos. Precisamente estos organismos públicos, de reciente aparición en nuestro sistema jurídico, responden a la particular concepción del derecho administrativo que se tiene en el sistema del *common law*, donde dicho sistema jurídico es esencialmente el derecho de las denominadas agencias administrativas⁴.

En tal sentido, y en el orden de ideas propuesto, parece necesario prestar atención a los orígenes y al desarrollo de la intervención administrativa en la economía bajo el sistema norteamericano, denominada en dicho país como «regulación económica»⁵, concepto que tiene unos orígenes bastante interesantes, tanto en la jurisprudencia, como en la legislación de

dicho país⁶, basadas específicamente en una idea: el respeto de la propiedad privada de las empresas y de los particulares, así como de su libertad empresarial, frente a la intervención del Estado. Ello no quiere decir que no exista intervención administrativa en la economía en la experiencia estadounidense, claro que existió desde los albores de la formación de dicho país⁷, pero solo desde una perspectiva externa, una perspectiva que siempre trató de conciliar las libertades económicas y el ejercicio del derecho de propiedad privados frente al interés público. Se hace evidente la diferencia entre el modelo de regulación norteamericano y los sistemas europeos, donde ante la dificultad de conciliación de intereses públicos y privados, se recurrió a técnicas de sacrificio de la propiedad y de la libertad de empresa, tales como los institutos del *servicio público*, el *dominio público* y las *empresas públicas*, técnicas todas que han estado presentes en las últimas dos centurias del fenómeno de la intervención administrativa en la economía.

Siendo aún más claros: mientras que en la experiencia norteamericana, los negocios o industrias (*utilities*) vinculados a la satisfacción de necesidades colectivas fueron declarados como «*affected with a public interest*» (afectos a un interés público) y como tal, regulados/controlados por el Estado (a través de Comisiones de Regulación Independientes⁸, o agencias estatales destinadas a la regulación y control)

- Regulador». Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2005; y, NALLAR, Daniel: «El Estado Regulador y el Nuevo Mercado del Servicio Público». Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1999.
- 4 Tal como lo afirma el estudioso norteamericano Bernard SCHWARTZ, quien señala que es a partir de la creación de la *Interstate Commerce Commission* (I.C.C.) en 1887, que puede hablarse del nacimiento del derecho administrativo norteamericano. Cfr. su *Administrative Law*. Little, Brown & Co. Boston, 1984, p 21. Citado por TAWIL, Guido Santiago. «A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores». En: CASSAGNE, Juan Carlos (director): «Derecho Administrativo». Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. P 1351, nota al pie n° 18. Véase también lo señalado por CARBONELL, Eloísa y José Luis MUGA. «Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América». Prólogo de Juan José Lavilla. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996: «(...) el Derecho administrativo norteamericano se forma estrechamente unido al nacimiento y desarrollo de las agencias; es, fundamentalmente, el Derecho de las agencias.» Un reciente estudio sobre el particular es el de TORRE DE SILVA, Víctor. «Sobre la independencia de las agencias federales en los Estados Unidos de América»2. En: RAP. No. 167. Mayo-agosto 2005, p. 475-496.
 - 5 Aunque el término de «regulación» es publicitado en nuestro medio como novedoso y fundamentalmente como un concepto proveniente de la literatura económica, era manejado ya por los publicistas de hace años. Por ejemplo, véase lo escrito en el año 1950 por GARRIDO FALLA, Fernando: La intervención administrativa en materia económica y las corporaciones del gobierno en Norteamérica. En: Revista de Administración Pública. Vol. I. No 3. Septiembre-diciembre 1950. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1950. P 407. «La Historia de los Estados Unidos (...) es la historia de la más estrecha cooperación entre el gobierno y los hombres de negocios. Por eso, cuando se habla y se escribe sobre el reciente fenómeno de la intervención del gobierno americano en la vida económica, no se debe olvidar que las empresas de este carácter no han caído nunca fuera de los fines gubernamentales. Es cierto que en sus formas más recientes la intervención parece revestir un aspecto «regulador», y así se deduce de las características de ciertos organismos creados no hace muchos años, como la *Securities and Exchange Commission*, la *Federal Communications Commission*, y otras.»(resaltado, agregado).
 - 6 Véase, BIANCHI, Alberto. «La regulación económica». Tomo 1. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2001, del mismo autor: Desarrollo de la Regulación Económica en los Estados Unidos». En: Revista de Derecho Administrativo. No. 30-32. Enero-diciembre 1999. Editorial Depalma, p. 297-428, y también: «Una noción restringida del servicio público (Aportes para su cuarta etapa)». En: CASSAGNE, Juan Carlos (Director). «Servicio Público y Policía. Ediciones El Derecho. Buenos Aires, 2006, p 79-132. Asimismo, para la jurisprudencia norteamericana inicial en materia de public utilities puede verse con provecho: LAZARO, A. «La jurisprudencia norteamericana sobre *public utilities* como precedente de la jurisprudencia argentina sobre servicios públicos». En: Revista Jurisprudencia Argentina. Tomo 46., p 58 y ss., y, MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. «O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos». Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de Sao Paulo. Procuradoria Administrativa. Sao Paulo, 1941, p. 591.
 - 7 A través de la fórmula de intervención del denominado «pólice power» estatal, como veremos a continuación.
 - 8 Sobre las «agencias independientes», o «independent regulatory commissions», y su origen en el derecho norteamericano. Véase: BLEDEL, Rodolfo. «Introducción al estudio del Derecho Público anglosajón». Editorial Depalma. Buenos Aires, 1947, p 116 y

para su correcto ejercicio sin abuso de poder monopólico (sobre todo en aspectos tales como las tarifas o el acceso al mismo servicio); en la experiencia europea, la respuesta del Estado fue la de «reservarse» (*rectius*: apropiarse) las actividades económicas a las que se dedicaban las empresas que gestionaban tales servicios (mediante las expropiaciones, confiscaciones y nacionalizaciones) y posteriormente sacrificar la libertad empresarial mediante la asunción de los principios del Estado de Bienestar, que determinó la idea de que el Estado era una gran entidad dedicada a la satisfacción del interés general y a la gestión de los servicios públicos⁹.

Puede apreciarse entonces que mientras la respuesta europea ha estado signada por la reverencia hacia el Estado benefactor y gran prestador de servicios públicos, la experiencia norteamericana ha estado signada por el respeto a la propiedad privada y a la libertad de empresa en todas las áreas y segmentos de la industria, siendo que la intervención económica siempre se hizo desde una perspectiva de *intervención regulatoria* o de control sobre las empresas o propiedades privadas relacionadas o vinculadas al interés público¹⁰.

Dentro de tal contexto, este estudio pretende, sin ánimo exhaustivo, introducirse en los orígenes norteamericanos del concepto de la «regulación económica» en las actividades calificadas como «*public utilities*», tal vez el concepto jurídico norteamericano más cercano a lo que nosotros conocemos como servicios públicos. Veremos que las ideas de la regulación económica, si bien son novedosas, tienen una base bastante acendrada dentro del derecho administrativo en Norteamérica, basándose sobre todo en la idea del poder de policía, como aquél poder administrativo que limita la propiedad, los derechos y la libertad en función del interés general. Es decir, la «*economic regulation*» no es otra cosa que la intervención administrativa del Estado en la economía, en el sistema norteamericano, como lo han demos-

trado sesudos estudios como el reciente de Alberto BIANCHI, sobre la materia¹¹.

Otra intención de estas páginas, es combatir una idea que se ha venido repitiendo irreflexivamente en los medios académicos y económicos peruanos: coincidiendo con el reciente análisis de estos nuevos institutos jurídicos, se ha pretendido señalar que la teoría de la así denominada «*regulación económica*» para la regulación de los servicios públicos, responde a la conceptualización de una ciencia completamente ignota en estos lares, prácticamente «desconocida» por la doctrina continental del derecho administrativo; siendo que más bien debiera hablarse del advenimiento de un novísimo «*derecho regulatorio*»¹², planteado como alternativa al derecho administrativo, y que los problemas actuales del derecho administrativo económico deben resolverse mirando hacia la «regulación económica» como una especie de panacea jurídica para resolver las interrogantes y desafíos que nos plantea la actual gestión privada de los servicios públicos.

«Mientras la respuesta europea ha estado signada por la reverencia hacia el Estado benefactor y gran prestador de servicios públicos, la experiencia norteamericana ha estado signada por el respeto a la propiedad privada y a la libertad de empresa»

- ss. La literatura reciente, al menos en español, es vasta, véase sin ánimo exhaustivo: CINCUNEGUI, Juan Bautista. «La Regulación Pública. Capítulo VII. La regulación pública en el derecho anglosajón». En: Revista Régimen de la Administración Pública. No 190. Julio 1994. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires, 1994. Consultado digitalmente por suscripción en: www.revistarap.com.ar; CINCUNEGUI, Juan de Dios. «Fundamentos legales de la regulación y el control de los servicios públicos». En: Revista Jurídica La Ley. Tomo 1995-D. La Ley. Buenos Aires, 1995, p 1261 y ss. Consultado digitalmente por suscripción en: www.laleyonline.com.ar; VIRGALA FORURIA, Eduardo. «La Constitución y las Comisiones Reguladoras de los Servicios de Red. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales». Madrid, p. 2004. 393 .; MAGIDE HERRERO, Mariano. «Límites constitucionales de las Administraciones Independientes». Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2000, p. 561.; BETANCOR, Andrés: Las Administraciones Independientes. Editorial Tecnos. Madrid, 1994; SALVADOR, María. «Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España». Ariel. Barcelona, 2002, p.400.
- 9 Véase, MONTERO PASCUAL, Juan José. «Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones». En: Revista Española de Derecho Administrativo. N° 92. Sección Estudios. Octubre-Diciembre 1996. Edición digital en CD-ROM. Editorial Civitas. Madrid, 1999, p. 2.
- 10 Véase también: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. «Servicio Público y Regulación. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú». Palestra Editores. Lima, 2005, p 175 y ss.
- 11 BIANCHI, Alberto. «Desarrollo de la Regulación Económica en los Estados Unidos». En: Revista de Derecho Administrativo. No. 30-32. Enero-diciembre 1999. Editorial Depalma, p. 297-428. También véase, BIANCHI, Alberto. «La regulación económica». Tomo I. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2001. Antecede prólogo de Agustín GORDILLO.
- 12 Frente a esta extraña concepción de una nueva «rama del Derecho», que motiva Noeros especiales de revistas académicas, e inclusive que se establezcan cursos en las Facultades de Derecho en nuestro país, diríamos con Shakespeare: «*much ado about nothing*».

Sin embargo, considero que las afirmaciones antes mencionadas dejan de ser enteramente ciertas, si es que emprendemos un rápido vistazo a la doctrina producida hace varios años ya en países iberoamericanos tales como España y Argentina. Las contribuciones de los publicistas con una visión e impronta norteamericanas han sido abundantes en este último país, que en las décadas de 1920-30 tenía un sistema bastante eficiente de gestión privada de servicios públicos, basta mirar a las obras producidas hacia la mitad del siglo XX por Rodolfo BLEDEL¹³, Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO¹⁴, Julio OYHANARTE¹⁵, y Rafael BIELSA¹⁶, la importante traducción realizada de la obra de James LANDIS¹⁷, y de la de John Clarke ADAMS¹⁸, así como la senda de la jurisprudencia de la Corte Suprema de dicho país¹⁹, para anotar los hechos que dan cuenta que la experiencia argentina de mediados del siglo pasado²⁰ tomó datos e influencia de la norteamericana, sobre todo aprovechando los conceptos establecidos en dicho país en materia de poder de regulación, y de ordenación de las *public utilities*, concluyéndose en similitud de

aquellos conceptos con los del poder de policía y el servicio público.

Es importante señalar con respecto al país austral, que no existe ningún país como Argentina para dar cuenta de la dicotomía existente entre las dos ramas principales del Derecho Público. Por un lado, la evolución y el desarrollo de su derecho administrativo está profundamente relacionado con la experiencia jurídica continental; y de otro lado su derecho constitucional (a través de su Constitución de 1853-60, reformada en 1994) ha recibido el influjo de la rica experiencia constitucional norteamericana²¹.

También es interesante anotar que los términos y conceptos del derecho administrativo norteamericano tampoco fueron desconocidos para la siempre atenta doctrina española. Baste decir que desde las páginas de la Revista de Administración Pública se escribieron diversas contribuciones de autores, en distintas épocas, tales como Fernando GARRIDO FALLA²², José Luis VILLAR PALASI²³, Eduardo GARCÍA

13 «Introducción al estudio del Derecho Público Anglosajón». Editorial Depalma. Buenos Aires, 1947.

14 «Derecho Administrativo. Tomo III. Instituciones Fundamentales (Servicios Públicos - Función Pública)». Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1951. Tomo VS. Limitaciones a la libertad. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1954.

15 OYHANARTE, Julio. «La expropiación y los servicios públicos». Perrot. Buenos Aires, 1957.

16 BIELSA, Rafael. «Derecho Administrativo». Sexta edición. Tomos I y II. La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora. Buenos Aires, 1964.

17 James M. LANDIS fue uno de los más destacados actores de la historia de la regulación en Norteamérica. Fue asistente desde 1925 del Justice Brandeis, quien fuera notable miembro de la Corte Suprema y autor de históricos fallos en materia regulatoria. Fue Presidente de la *Federal Trade Commission*, y luego fundador y Presidente de la *Securities and Exchange Commission* (una de las más exitosas agencias regulatorias hasta la época). La obra magna de LANDIS fue «The Administrative Process». Yale University Press. New Haven, 1941, traducida al español por Enrique E. BLEDEL con el título de «El Poder Administrativo» e impresa en los tipos de Editorial Depalma. Buenos Aires, 1951. Esta obra sin duda es capital en el desarrollo del derecho administrativo norteamericano, y hasta hoy es referencia obligada para comenzar un estudio certero de las *regulatory agencies* en los EEUU. Al respecto, Thomas MCGRAW señala que la obra del Decano de Harvard Law School fue el más sesudo análisis de la regulación hecho por un comisionado (de una agencia regulatoria) desde la obra de Charles Francis Adams (uno de los padres de la regulación norteamericana y primer director de la Interstate Commerce Commission). Cfr. *Prophets of Regulation*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England, 1984, p. 153. Asimismo, puede verse el completo trabajo sobre la vida y obra de Landis realizado por Guido Santiago TAWIL: «Dos aniversarios en el Derecho Administrativo Comparado: a 100 años de la Ley Santamaría de Paredes y 50 del «The Administrative Process» de Landis». En: Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Buenos Aires. Tomo 48. No. 3. Noviembre de 1988, p 79 y ss. Agradezco al autor de dicho ensayo, el destacado profesor argentino Guido Tawil, quien tuvo la gentileza de enviarnos dicho artículo, muy interesante para comprender la vida y el trágico final del administrativista norteamericano.

18 «Il diritto amministrativo americano. Cenni istituzionali di diritto amministrativo comparato». Zanichelli Editore. Bologna, 1957. Cito por la traducción de Dionisio PETRIELLA titulada «El derecho administrativo norteamericano». Buenos Aires, EUDEBA, 1964.

19 Santiago LEGARRE nos informa que la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina desarrolla sus conceptos de lo que es el «poder de policía» a partir de la experiencia de la Corte Suprema norteamericana. Cfr. «El poder de policía en la historia, la jurisprudencia y la doctrina». En: LL. 2000-A. Sección Doctrina. Ps 1002-1004. Asimismo, véase: LAZARO, A. «La jurisprudencia norteamericana sobre *public utilities* como precedente de la jurisprudencia argentina sobre servicios públicos». En: Revista Jurisprudencia Argentina. Tomo 46, p.58 y ss.; y, MAIRAL, Héctor. «La influencia de los Derechos francés, español y norteamericano en el concepto de servicio público del Derecho Administrativo argentino». En: Revista Documentación Administrativa. No. 267-268. Septiembre 2003-Abril 2004. Monográfico sobre «El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales» (Parte I). Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2005, p 354 y ss.

20 Inclusive hasta antes de la década del 70 en que comenzaron las nacionalizaciones, véase un inmejorable trabajo sobre el particular: MAIRAL, Héctor Aquiles. «La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos». En: Revista Argentina de Derecho Administrativo. Año I. N° 2. Noviembre 1971. Universidad del Museo Social Argentino. Buenos Aires, 1971, p. 53 y ss.

21 Cfr. LEGARRE, Santiago. «El Poder de Policía en la Historia, la Jurisprudencia y la Doctrina». En: LL. 2000-A Sección Doctrina, p. 999.

22 GARRIDO FALLA, Fernando. «La intervención administrativa en materia económica y las corporaciones del gobierno en Norteamérica». En: RAP Vol. I. No 3. Septiembre-diciembre 1950. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1950, p. 407-434.

23 VILLAR PALASI, José Luis. La «Federal Administrative Procedure Act» de Estados Unidos. En: RAP Vol. I. Noero 1. Enero-abril 1950. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1950, p. 277-296.

DE ENTERRÍA²⁴, Laureano LOPEZ RODO²⁵, entre otros autores²⁶; que prestaron atención al derecho administrativo anglosajón, y especialmente, al derecho norteamericano²⁷. Lo resaltante de lo realizado por dichos autores es que en sus trabajos no se limitaron a meras y esquemáticas descripciones del funcionamiento del sistema norteamericano, sino que adaptaron las categorías existentes del *common law* y las compararon con las instituciones jurídicas continentales.

Pues bien, creemos que simplemente confrontando la noticia de la existencia de calificada doctrina continental como la citada, basta para poner en seria duda aquellas afirmaciones que sostienen que las técnicas regulatorias norteamericanas hayan sido desconocidas por entero por la doctrina continental; sino que por el contrario, desde hace mucho tiempo atrás han sido utilizadas y empleadas para la construcción de muchos conceptos en nuestro régimen, pudiendo encontrarse varios puntos de referencia, sobre todo en lo que se refiere a la temática de la intervención administrativa en la economía. Sin embargo, no es menos cierto que como dijo VON KIRCHMANN, «en Derecho basta una sola palabra del legislador para convertir bibliotecas enteras en basura». Relativizando la dureza de dicha afirmación es pertinente señalar que sin duda, el influjo de las nocivas doctrinas de intervencionismo y planificación estatales de la economía, hizo olvidar las influencias de la doctrina norteamericana, basadas en un profundo respeto a la libertad económica de los particulares. Así, los tiempos de la época de 1960 en adelante marcaron el olvido de las doctrinas de la regulación norteamericanas para los estudios de nuestro sistema jurídico continental. Y es que en derecho público, la línea a ser recorrida es trazada por lo político como dato esencial.

II

Es evidente que la actual época debe recoger los postulados de las orientaciones económicas y políti-

cas como datos objetivos que van a servir de derrotero para encauzar la vocación ideológica del denominado «fin de la historia» y del triunfo del liberalismo como opción política y económica. Así, nuevamente los postulados del sistema norteamericano han vuelto a tener importancia para los estudios de la nueva normativa del sistema continental, y el derecho administrativo no podía ser la excepción a esta nueva regla. Sin embargo, no se trata, como se ha afirmado líneas arriba, de desechar toda la rica experiencia del derecho administrativo y sustituirla sin más por los postulados de la regulación económica; sino de *aggiornar* las bases del derecho administrativo económico, y reconocer que la intervención administrativa en la economía constituye de por sí, una tarea que de suyo debe ser estudiada desde el campo del derecho administrativo como base, pero respetando los ámbitos propios del sector privado, sin desconocer el influjo de la técnica y de la economía como ciencias que recurren al Derecho para darle juridicidad a las exigencias del difícil arte del manejo de la ciencia del gobierno.

Así, trataremos de desentrañar los primeros orígenes jurisprudenciales norteamericanos de la denominada «regulación económica», a efectos de realizar un paralelo con nuestras instituciones del Derecho administrativo económico, como son el «poder de policía» y el «servicio público», señalando que existen grandes puntos de conexión entre las instituciones que regulan fenómenos similares, tanto en la experiencia continental, como en la del país del norte. Veremos también, que en Norteamérica, la intervención administrativa sobre los servicios públicos se ha dado a través de las instituciones del Derecho administrativo, sin necesidad de recurrir a criterios tales como advertir la existencia de un novísimo (e inexistente) «derecho regulatorio», es más el derecho administrativo norteamericano se forja a través de las agencias dedicadas a ejercer regulación (intervención administrativa) sobre determinados sectores importantes para la vida económica del país.

24 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «Algunas reflexiones sobre el derecho administrativo norteamericano. (A propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)». En: RAP No. 85. Enero-Abril 1978. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1978. p 241-259.

25 LOPEZ RODO, Laureano. «Las empresas nacionalizadas en Inglaterra». En: RAP Vol. I. No. 3. Septiembre-diciembre 1950. Instituto de Estudios Políticos, 1950, p. 373-406.

26 FUEYO ALVAREZ, Jesús. «El Hoover Report sobre reforma de la administración federal en Estados Unidos». En: RAP Vol. I. No. 1. Enero-abril 1950. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1950, p. 261-276.

27 Hace poco se renovó dicho interés, sobre todo a partir de la traducción al castellano de un polémico libro de un profesor de *Public Administration* norteamericano, Christopher Edley Jr., en medio de la famosa polémica sobre la discrecionalidad administrativa que avivó las aguas del derecho administrativo español durante toda la década de los 90. En dicho contexto, aparecieron obras que estudiaron el alcance del control judicial de la Administración Pública en el derecho norteamericano, estupendas obras que ofrecen una visión renovada de la dogmática norteamericana sobre el derecho administrativo. Sobre el particular, véase: MORENO MOLINA, Ángel Manuel. «La Administración por agencias en los Estados Unidos de América». Ediciones del BOE. Madrid, 1995; GONZALEZ GARCÍA, Julio. «El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América». McGraw-Hill. Madrid, 1996; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «Sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el Ejecutivo». En: CASSAGNE, Juan Carlos (Director): Derecho Administrativo. Obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999; CARBONELL, Eloísa y José Luis MUGA. «Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América». Marcial Pons. Madrid, 1996; CUCHILLO FOIX, Montserrat. «Jueces y Administración en el federalismo norteamericano». Civitas. Madrid, 1996. Por otro lado, la obra estadounidense traducida al español fue: EDLEY, Christopher Jr. «Derecho Administrativo. Reconocer el control judicial de la Administración Pública». INAP. Madrid, 1994.

En dicha medida, es necesario acercarnos a tales orígenes jurisprudenciales de la intervención administrativa en las *public utilities* del derecho norteamericano, para comprobar así, que tanto en el sistema anglosajón, como en nuestros ordenamientos continentales, el derecho administrativo ha sido el elemento catalizador que ha disciplinado la intervención del Estado sobre las personas y sobre sus economías.

III

Se ha afirmado que la intervención gubernamental en la vida económica representa una de las facetas del nacimiento del Derecho Administrativo en los Estados Unidos²⁸. Y es que la regulación económica surge jurisprudencialmente aparejada por la noción del «*police power*» federal, como instituto jurídico que se traduce en la potestad del gobierno destinada a la protección del bienestar general de la Nación.

Sin embargo, es interesante anotar que la evolución del llamado «poder de policía», entendido como «poder de regulación» fue lenta, y en principio estuvo asociada a su definición temprana, como «*aquel poder estatal, distinto del dominio eminente y del poder de tributación, destinado a la regulación de las conductas ciudadanas*»²⁹. Consecuentemente, era una calificación del poder de policía amplia, que se confundía con la totalidad del ejercicio de potestades públicas de ordenación por parte de la Administración. Era este el llamado concepto *broad* (amplio) del poder de policía. Al lado de éste convivió desde los comienzos, sin distinguirse claramente de él, un concepto *narrow* (restringido), según el cual se debe entender por poder de policía, a aquella porción del poder estatal dirigida a proteger la salubridad, seguridad y moralidad públicas.

Primera fase: La determinación del concepto de «Police Power» estatal.

Es el primer constitucionalista norteamericano, James KENT, quien introduce el término de regulación. KENT distinguía los poderes reconocidos de los Estados en: poderes de tributación, de dominio eminente y de regulación. Describía éste último de la siguiente manera:

«Aunque la propiedad se halla así protegida, debe entenderse, sin embargo, que el legislador tiene el derecho de prescri-

*bir la manera de usarla, en la medida en que fuera necesario para prevenir el abuso del derecho que pudiera dañar o molestar a los otros o al público. El gobierno, puede, por medio de regulaciones generales, prohibir aquellos usos de la propiedad que pudieran crear molestias y devenir peligrosos para las vidas o la salud o la paz o el bienestar de los ciudadanos. Negocios inapropiados, mataderos, operaciones ofensivas a los sentidos, depósitos de pólvora, la construcción con materiales combustibles, y el entierro de los muertos, pueden todos ser prohibidos por la ley, cuando tienen lugar en sitios densamente poblados, sobre la base del principio general y razonable de que cada persona debe usar su propiedad de manera de no dañar a sus vecinos, y que los intereses privados deben estar al servicio del interés general de la comunidad»*³⁰ (resaltado, agregado).

KENT, así, nos habla la existencia de un poder de regulación, o «*regulation power*», que como dijimos, en principio partía de un elemental poder ordenador del Estado dirigido a encauzar la actuación de los individuos, en atención a que el ejercicio de los intereses particulares están dirigidos a respetar los intereses generales o colectivos.

Es en *Brown vs. Maryland*³¹, que el Chief Justice, John Marshall, expresamente señaló la existencia de un denominado «poder de policía», o «*police power*» residente en los Estados, como una materia residual que engloba lo que queda del poder estadual cuando se restan sus otras grandes prerrogativas, el dominio eminente y la tributación. Asimismo, en otro fallo no tan cercano en el tiempo, pero en la misma corriente de pensamiento, (*Barbier vs. Connolly* 113 U.S. 27, 1885) el alto Tribunal se refirió al «poder de policía en su sentido amplio», que incluía **«toda legislación y prácticamente toda función del gobierno civil»**.

Más tarde, el Tribunal adoptaría una concepción más restringida (la concepción «*narrow*» del poder de policía) que se limitaba a algunos aspectos de la potestad residual amplia: el poder de promover y proteger la salubridad, seguridad y moralidad públicas³².

28 Vid. GARRIDO FALLA, Fernando. «La Intervención Administrativa en materia económica y las corporaciones del Gobierno en Norteamérica». En: RAP. Volumen I. No. 3. Septiembre-diciembre 1950. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1950, p 407-434.

29 Cfr. LEGARRE, Santiago. Op. Cit., p. 1002.

30 KENT, James: «Commentaries on American Law». T. I. Undécima edición. Little, Brown & Co. Boston, 1866. P 415. Citado por LEGARRE, Santiago: Op. Cit., p. 1001.

31 12 Wheat. 419 (1827)

32 Como lo hizo en *Dakota Cent. Teleph. Co. vs. South Dakota ex. rel. Payne*. 250 U.S. 163 (1919), donde señala lo siguiente: «Las palabras «poder de policía» son susceptibles de dos significaciones: una omnicompreensiva, que incluye en sustancia todo el campo de la autoridad del Estado, y una más estrecha, que incluye sólo el poder del Estado de lidiar con la salud, la seguridad y la moral del pueblo». Cit. Por LEGARRE, Santiago. «El poder...» Op. Cit., p. 1002-1003.

Así, la expresión «*police power*», especialmente en su sentido restringido, pasó a formar parte indiscutible del vocabulario jurídico reconocido, se estableció firmemente y demostró ser potencialmente valiosa para el dictado de toda legislación que, aunque no específicamente autorizada, pudiera constituir una interferencia legítima en el ejercicio de los derechos de las personas, en interés de la seguridad, salud y moral públicas. Puede decirse, en fin, que el poder de policía había llegado al derecho constitucional estadounidense para quedarse para siempre³³.

El «police power» como poder inherente a los Estados: Los Slaughter House cases. (1873).

En los denominados «*Slaughter House cases*», se discutía la impugnación judicial de la legalidad de un decreto del Estado de Louisiana mediante el cual se otorgó a una empresa la exclusividad para el establecimiento de corrales, lugares de pastoreo y mataderos en la ciudad de Nueva Orleans. Fundamentaban los demandantes que dicho decreto contrariaba la Enmienda XIII³⁴, por crear una servidumbre involuntaria; y vulneraba la Enmienda XIV³⁵ al privar de libertad y propiedad, así como de los privilegios e inmunidades a los ciudadanos de los Estados Unidos sin un adecuado proceso legal.

En estos procesos, la cuestión fundamental que se debatía en autos, era decidir si con la sanción de la Enmienda XIV sólo el Congreso Federal de los Estados Unidos se encontraba habilitado para reglamentar los derechos individuales o también el Poder Legislativo de los estados era competente para hacerlo. La Corte se decidió por la segunda alternativa basada en que los estados conservaban sus atribuciones legislativas.

Ahora bien, lo esencial de la doctrina dictada en los *Slaughter House cases*, es que a partir de lo resuelto en dichos procesos, se sentó la doctrina inicial por la cual los poderes de regulación son inherentes a los Estados, rechazándose la noción de que el Congreso federal también podía imponer regulaciones específicas a nivel de toda la federación. Consiguientemente, a partir de esta tendencia jurisprudencial, se entendió que el *poder de policía* residía en los Estados y no en la federación, lo cual va a

tener consecuencias posteriores, sobre todo cuando se discuta la legitimidad de la intervención federal en la regulación de las denominadas *public utilities*.

Segunda fase: El poder de policía como instrumento estatal de intervención en materia económica. Los Granger Cases:

En la tercera y cuarta décadas del siglo XIX se comenzó a construir la red ferroviaria estadounidense. Como consecuencia se ampliaron los mercados económicos, lo cual coincidió con una época de nuevos inventos y en que la técnica en general realizó enormes progresos. De entonces data la formación de grandes organizaciones comerciales e industriales, así como el comienzo de la denominada «conquista del oeste» emprendida por empresarios dispuestos a colonizar la inmensa llanura del medio oeste estadounidense. Esencial para la realización de estas actividades fue el desarrollo de las comunicaciones, es decir, la construcción de los caminos y la implantación de las redes ferroviarias.

En principio, el Estado efectuó una intensa política de fomento³⁶ a las empresas de ferrocarriles, dirigida a subsidiar sus costos a efectos de que consoliden el desarrollo de sus actividades, brindando sus servicios a la mayor cantidad de público. Sin embargo, dichas empresas de ferrocarriles no balancearon adecuadamente su desarrollo con los intereses públicos que apuntaban al mismo³⁷. En ese sentido, dicho desbalance se produjo con incidencia en el régimen tarifario, toda vez que las empresas prestadoras del servicio establecieron regímenes preferenciales hacia las nuevas grandes corporaciones (por razones tales como vinculación económica, o su posibilidad de pagar tarifas más altas), discriminando a los pequeños usuarios (que eran la gran mayoría).

Es en contra de estos abusos que surge el denominado movimiento promovido por las fuerzas agrícolas-ganaderas de los Estados del medio-oeste, en contra de los abusos cometidos por las empresas ferroviarias, que operaban en condición de monopolio. Este movimiento, fue conocido por el nombre de

33 Véase la monumental obra de E. FREUND. «The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights». Callaghan & Co., Chicago, 1904. Reprinted by Arno Press. New York, 1976.

34 Enmienda XIII (6 de diciembre de 1865): 1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado convicto. 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas.

35 Enmienda XIV (9 de julio de 1868): 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos. (...)

36 Es interesante como la técnica administrativa del fomento también fue conocida en el derecho norteamericano, mediante la dación de incentivos económicos (directos o indirectos) para el crecimiento de las industrias privadas en el país.

37 Cfr. MCGRAW, Thomas K. «Prophets of Regulation». The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England, 1984, p.7-8.

una asociación de agricultores, y fue conocido como *The Grange*³⁸.

Este movimiento poco a poco fue creciendo y obteniendo mayor fuerza, elevándose el número de sus adeptos, así como de su influencia. Así, estos agricultores exigieron la regulación oficial de las actividades de las empresas ferroviarias. En respuesta a ello, en diversos estados, como Illinois, Minnesota, Iowa y Wisconsin se dictaron un conjunto de leyes (denominadas *granger laws*), que prohibieron la fijación de tarifas irrazonables y las «discriminaciones injustas» en las demás condiciones de los contratos de transporte. Dichas leyes, asimismo, crearon comisiones administrativas especiales, con amplios poderes, encargadas de velar por el cumplimiento de sus disposiciones, es decir, crearon las denominadas «Comisiones de Regulación», antecedentes de las modernas *Public Utilities Regulatory Commissions*. BLEDEL anota, que «el sistema ferroviario pasó así del régimen de la ayuda oficial, del «Estado Benefactor», al régimen del contralor público, al «Estado Regulador»³⁹.

BLEDEL también anota que en muchos estados se habían creado diversas comisiones administrativas de servicios ferroviarios antes de las *Granger Laws*. Por ejemplo, dicho autor señala que en 1839, se creó una Comisión de Ferrocarriles en Rhode Island. Así mismo, en 1844 otra ley creó en New Hampshire la Junta de comisionados ferroviarios. Pero estas comisiones tenían facultades limitadas, eran un tipo de comisiones denominadas *weak-type*, que podían exigir a las empresas la presentación de informes anuales, sugerir formas de contabilidad, inspeccionar la prestación de servicios y realizar investigaciones sobre las actividades económicas de las empresas⁴⁰.

Sin embargo, a partir de 1871, en que el Estado de Illinois establece una Comisión regulatoria de las actividades ferroviarias, se establece una opción diferente. Con tal iniciativa, se dió inicio a las comisiones denominadas *mandatory-type*, esto es, comisiones con facultades efectivas de regulación, y con pode-

«Tanto en el sistema anglosajón, como en nuestros ordenamientos continentales, el derecho administrativo ha sido el elemento catalizador que ha disciplinado la intervención del Estado sobre las personas y sobre sus economías»

res de «*adjudication*»⁴¹. Así, las denominadas *granger laws*, concedieron a tales Comisiones *mandatory-type*, facultades para **establecer administrativamente** tarifas «justas y razonables», así como otras condiciones del servicio y también para decidir respecto de determinadas controversias que se susciten como consecuencia del desarrollo de las actividades de las empresas.

Así, los primeros albores de la regulación económica se dan a nivel de las diversas legislaturas estatales, basándose generalmente en regular las actividades económicas de las empresas ferroviarias en atención al interés público que recae en el desarrollo de sus actividades, siendo que el ejercicio de las cuales debía ser regulado por razones de protección al usuario, y en general, el bienestar colectivo, como aquél interés público tutelado mediante dicha protección.

*Los albores de la regulación económica: Munn vs. Illinois (1877)*⁴²:

En el año 1877, la Corte decide en el caso *Munn vs. Illinois* (94 U.S. 113, 1877), uno de

38 Cfr. BLEDEL, Rodolfo. «Introducción al estudio del Derecho Público Anglosajón» Editorial Depalma. Buenos Aires, 1947, p. 115.

39 BLEDEL, Rodolfo. Op. Cit., p. 116.

40 Cfr. BLEDEL, Rodolfo. Op. Cit., p. 116-117. Compruébese que actualmente varias de las facultades de las denominadas «*weak-type commissions*» son ostentadas por nuestros modernos Organismos Reguladores.

41 Sobre la «*adjudication*», o capacidad de emitir decisiones jurídicas de carácter obligatorio (*orders*), dirigidas a un particular concreto o a una colectividad en el derecho norteamericano, véase: TAWIL, Guido Santiago. «Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa». Prólogo de Julio Rodolfo Comadira. Tomo I. Edición del autor distribuida por Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993, p. 191-211.

42 En español, un completísimo comentario y contextualización del caso, puede encontrarse en: Instituto de Estudios sobre «El Rol del Estado en la Sociedad» de la Fundación Argentina de Planeamiento (Fundaplan). Programa SVP-EC (Servicios Públicos. Experiencias Comparativas), bajo la dirección de Juan Bautista y Juan de Dios CINCUNEGUI. «Comentarios al Fallo «*Munn vs. Illinois*», 94 U.S. 113 (1876)». En: Revista Régimen de la Administración Pública. N° 221. Febrero 1997. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires, 1997. Consultado digitalmente por suscripción en www.revistarap.com.ar. Una traducción del fallo *Munn vs. Illinois* se encuentra en el mismo Noero de dicha Revista, ps 144 y ss. (Consultado digitalmente por suscripción en el mismo website). Otra traducción del fallo *Munn* puede encontrarse en MALJAR, Daniel Edgardo. «Intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos». Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1998, p. 192-204, quien recoge la traducción efectuada en la Revista Jurisprudencia Argentina. Tomo 11. Año 192, p. 483 y ss.

los llamados «granger cases» o «los casos del movimiento de los granjeros»⁴³. Es a partir de este caso, que se comienza a hablar de la regulación económica en sentido estricto. Pues bien, en este pronunciamiento se cuestionaba la constitucionalidad de una ley dada en el año 1871 por el estado de Illinois, que disponía la fijación de precios máximos por el almacenaje de granos en los lugares de depósito en Chicago y otros lugares del Estado, que tuvieren no menos de cien mil habitantes, lo que era considerado como contrario a la Enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos, por violar la libertad y el derecho de propiedad sin el debido proceso legal⁴⁴.

El caso se configuró cuando en el año 1871 se sancionó la Ley antes citada que reglamentaba las tarifas aplicadas por los elevadores de granos de Chicago, siendo que, en el año 1872 los señores Munn y Scott fueron acusados de explotar un elevador en forma ilegal, pues no habían obtenido el correspondiente permiso ni constituido fianza y aplicaban tarifas que excedían el límite establecido por la Ley. Ambos demandados cuestionaron la constitucionalidad de la Ley del año 1871. En virtud a tal cuestionamiento en sede judicial, el caso llegó hasta la Corte Suprema del Estado de Illinois, la cual confirmó la constitucionalidad de la Ley⁴⁵.

Posteriormente, los demandantes llevaron el caso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, la cual en el año 1877 decidieron con respecto a dicha petición, en el famoso *leading case* bajo análisis.

La Corte Suprema en este caso, con el voto de su *Chief Justice*, Waite dando la opinión de la Corte, consideró constitucionalmente válida la citada ley argumentando que los elevadores terminales de granos eran de interés público.

Es importante citar un párrafo bastante importante de la Sentencia, donde se establece el corazón de la doctrina que justificó la intervención regulatoria del Estado sobre las propiedades privadas, cuando éstas están afectas a un interés público. Dice la ponencia del juez Waite, dando la opinión de la Corte:

«Looking to the common law, from whence came the right which the Constitution protects, we find that when private property is «affected with a public interest, it ceases to be *juris privati* only». This was said by Lord Chief Justice Hale more than two hundred years ago... Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use; but, so long as he maintains the use, he must submit to the control» (resaltado agregado).

El voto del Juez Waite, se remonta a viejos precedentes del Common Law, citando inclusive al antiguo Chief Justice Lord Hale, en su Tratado *De Portibus Maris*, donde se desarrollaban las especiales normas vinculadas al desarrollo de los puertos e instalaciones portuarias, como casos de propiedades afectas al interés público. Entiende la Corte que estas propiedades deben ser controladas por el Estado a fin de que su conducción no afecte los intereses públicos y los derechos de la comunidad, para que tales actividades cumplan con una función que no atente contra el bien común.

Con todo, la doctrina de *Munn vs. Illinois*, trascendió en el tiempo, y fue afinada posteriormente en precedentes tales como *German Alliance Ins. Co. vs. Kansas* (233 U.S. 389, 1914), *Wolff Packing Co. vs. Industrial Court* (262 U.S. 522, 1923) y finalmente, en *Nebbia vs. New York* (291 U.S. 502, 1934)⁴⁶.

Así, la Corte recogió la posición de los Estados, los cuales sostenían que ellos podían dictar esta legislación de tipo económico-social fundados en el poder de policía del Estado. Como hemos señala-

43 Los *granger cases*, fueron cinco. El primero fue «Munn vs. Illinois» 94 U.S. 113 (1877). Posteriormente, y en aplicación de dicha doctrina, se falló en: «Chicago, Burlington and Quincy Railroad Co. vs. Iowa», 94 U.S. 155; «Peik vs. Chicago and Northwestern Railroad Co.», 94 U.S. 179; «The Winona and St. Peter Railroad Co. vs. Blake», 94 U.S. 180; «Stone vs. Wisconsin», 94 U.S. 181. Todos estos últimos cuatro casos fueron decididos el 1° de marzo de 1877. Cfr. BLEDEL, Rodolfo. Op. Cit., p.121.

44 Cfr. MALJAR, Daniel. «Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos». Editorial Hammurabi. José Luis Depalma Editor. Buenos Aires, 1998, p. 141-142.

45 Un completo análisis de los antecedentes de dicho caso en LAZARO, A. «La jurisprudencia norteamericana sobre *public utilities* como precedente de la jurisprudencia argentina sobre servicios públicos». En: Revista Jurisprudencia Argentina. Tomo 46, p. 69-71.

46 Breves comentarios sobre estos precedentes pueden encontrarse tanto en BIANCHI, Alberto: Desarrollo... Op. Cit., e, Instituto de Estudios sobre «El Rol del Estado en la Sociedad» de la Fundación Argentina de Planeamiento (Fundaplan). Programa SVP-EC (Servicios Públicos. Experiencias Comparativas), bajo la dirección de Juan Bautista y Juan de Dios CINCUNEGUI. Comentarios al Fallo «Munn VS. Illinois», 94 U.S. 113 (1876). Op. Cit.

do, en un principio, el denominado «*police power*», como lo diseñó originalmente la jurisprudencia, era el derecho que poseían los Estados particulares para restringir la actividad o el derecho de propiedad de los individuos, en resguardo de la seguridad, salubridad y moralidad de la colectividad (versión *narrow* del poder de policía). Sin embargo, en dicha histórica decisión, para fundar la nueva legislación sobre regulación de los servicios públicos ferroviarios, se amplió el concepto de este poder y se lo consideró también como el que tiene por fin promover el bienestar colectivo, como aquél poder estatal destinado a ordenar las actividades económicas para que sean ejercidas de modo acorde con el bien común.

Esta evolución de la noción del poder de policía en USA, fundamentará, por lo general, las decisiones jurisprudenciales que declararán constitucionalmente válidas, aquellas leyes de contenido económico y social que restrinjan o limiten los derechos individuales, en atención a la búsqueda del bienestar colectivo o el interés público.

Esta misma doctrina se repitió posteriormente en el Caso *Brass vs. North Dakota ex rel. Stoesser*: (153 U.S. 391, 1894): En dicho proceso, se declaró la constitucionalidad de una ley estadual que regulaba los precios máximos para el almacenamiento de granos, toda vez que se consideró que la actividad desarrollada afectaba el interés público y por tanto merecía una regulación especial por parte del Estado, más intensa que la regulación de policía de salubridad y seguridad.

No cabe duda de que en esta segunda etapa es que se puede afirmar que estamos frente al empleo del poder de policía para justificar la intervención estatal en el mercado, en atención al interés público ínsito en determinadas actividades desarrolladas por los particulares. Esto es, se consagra la intervención estatal en el desarrollo de las actividades económicas, atendiendo a razones de interés público.

Incidencia y reparos planteados a la doctrina de *Munn v. Illinois*.

Tanta fue la resonancia que establecieron los *granger cases*, que algunos temieron por la suerte de los derechos individuales, pues consideraron que se había reconocido la existencia de un poder de policía ilimitado, frente al cual las garantías de la cláusula del debido procedimiento legal (Enmienda XIV) perdían su eficacia⁴⁷. De ahí que la misma Corte, cuando se le presentó la oportunidad en 1886, trató de conjurar dichos reparos. Dicha oportunidad se dio con ocasión de *Stone v. Farmer's Loan and Trust Co.*⁴⁸, donde el Chief Justice WAITE, señaló que «No ha de inferirse que este poder de limitación o regulación no posee límites en si mismo. Este poder para regular no es un poder para destruir, y limitación no es equivalente a confiscación»⁴⁹.

De otro lado, *Munn vs. Illinois*, hizo notar la pugna existente entre los miembros de la Corte Suprema, respecto de las posiciones ideológicas existentes en su seno: de un lado, los *justices* «progresistas», partidarios de la regulación en razón del interés público (Waite, Taft) y del otro, los *justices* conservadores (Field⁵⁰, Strong⁵¹), quienes eran fuertes defensores de los intereses individuales.

Cabe resaltar, y preciso es hacerlo, que hasta este momento se entendía que el ejercicio del poder regulatorio quedaba en manos de la legislatura, que mediante la dación de leyes reglamentaba el ejercicio de los derechos individuales. Así, la tendencia jurisprudencial discutía respecto de los límites del poder del Congreso para regular, en relación con las competencias de las legislaturas estaduais, pero no había reparado en la posibilidad de que las comisiones estaduais, por vía de delegación, ejerzan potestades regulatorias.

*Un escollo en el desarrollo de la regulación económica: El Wabash, St. Louis & Pacific Railroad Co. vs. Illinois Case*⁵² (1886)

47 BLEDEL, Rodolfo. «Introducción». Op. Cit., p. 123.

48 116 U.S., 307 (1886)

49 Citado por VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. «Derecho Administrativo». Tomo VS. Limitaciones a la libertad. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1954, p. 45.

50 El justice FIELD fue disidente en la resolución de la opinión de la Corte en *Munn vs. Illinois*. Sostuvo en dicha disidencia que el principio sobre el que se fundaba la mayoría de la Corte, «subvertía los derechos de propiedad privada, considerados hasta entonces bajo la protección de las garantías constitucionales contra la interferencia legislativa». Afirmaba que la cláusula del debido proceso (Enmienda XIV) protegía no simplemente el título a la propiedad, sino también el uso de la propiedad. Posteriormente, en otro de los *granger cases*, (*Chicago, Burlington and Quincy Railroad Co. vs. Iowa*, 94 U.S. 155, 1877), FIELD, nuevamente en disidencia, sostuvo «¿De qué valor es la prohibición constitucional de que ningún Estado debe privar a persona alguna de su propiedad, salvo con el debido procedimiento legal, si el Estado puede quitarle fijando la compensación que ella debe recibir por su uso, todo lo que es de valor en la propiedad?». Agregaba que la decisión de la mayoría, «sanciona la intromisión en todos los negocios y actividades y en la propiedad dentro de la comunidad, dejando el uso y el goce de la propiedad y la compensación por su uso a la discrecionalidad de la legislatura». Cfr. BLEDEL, Rodolfo. Op. Cit., p. 122-123.

51 Sostuvo, en una célebre frase, que bajo el criterio empleado por la mayoría de la Corte en *Munn vs. Illinois*, «la propiedad y los negocios quedan a merced de la legislatura». Cit. Por BIANCHI, Alberto: Desarrollo de la Regulación Económica en los Estados Unidos. En: Revista de Derecho Administrativo. No. 30-32. Enero-diciembre 1999. Editorial Depalma, p. 305. nota No. 32.

52 118 U.S. 557, 1886

En este caso la Corte Suprema decidió que las facultades regulatorias de los Estados quedan limitados a la ordenación del tráfico comercial intraestatal, es decir, únicamente para el tráfico ferroviario dentro de sus jurisdicciones, sin que pudiesen regular el segmento intraestatal de los ferrocarriles que operaban de modo *inter-estatal*⁵³.

En tal sentido, se afianza la doctrina de los Slaughter House Cases, en relación a que la interpretación dominante en aquellas épocas era que las facultades de restricción de los derechos individuales estaba reservada a los Estados. Debe recordarse sobre este punto que, en aquella época, los cánones de interpretación judicial, sostenían que las facultades del Congreso y gobierno federales se consideraban tasadas respecto del texto constitucional, señalándose a contrario, que residualmente el resto de los poderes pertenecen a los Estados considerados individualmente.

De esta forma, en este caso la Corte, había declarado la inconstitucionalidad de la legislación reguladora del tráfico ferroviario interestatal aún en los tramos intraestatales⁵⁴. BLEDEL, por su parte, anota que en «Wabash», se estableció que el contralor de los Estados debía reducirse a los servicios dedicados exclusivamente a un tráfico *intra-estadual* y que, por consiguiente, aun en ausencia de toda acción del gobierno federal, los Estados no poseían poder para regular aquellas partes del servicio ferroviario interestadual que cumplían dentro de sus límites territoriales. Con esta decisión, la mayor parte del tráfico ferroviario quedaba fuera del contralor de los Estados, y, en consecuencia, quedaba fuera del alcance de toda ley sobre la materia⁵⁵.

Wabash, en realidad, marca la otra cara de la moneda respecto de *Munn*, toda vez que establece un límite a la facultad estadual de establecer regulaciones a las actividades económicas. Como hemos señalado líneas arriba, en este caso se marcó un retroceso respecto de la doctrina de *Munn*, puesto que se autorizó a los Estados sólo a regular el comercio intraestadual, excluyendo la posibilidad de regulación sobre las compañías que efectuasen comercio interestadual. *Wabash* fue entonces un fallo que limitó los poderes de regulación del Estado, bajo los argumentos vagos e imprecisos de la jurisdicción territorial. Así, el criterio esbozado en *Munn* vio aparecer su lado opuesto, cuando en *Wabash* se limitó

el poder estadual. Había llegado la hora de la intervención federal, lo que se concretaría con la dación de la *Interstate Commerce Regulation Act* de 1887, y la creación de la *Interstate Commerce Commission* (I.C.C.) como la primera agencia regulatoria con competencia federal para regular el comercio interestadual, en aplicación de lo prescrito por el párrafo 3 de la Sección Octava del artículo 1º de la Constitución⁵⁶.

Situación de la regulación económica hacia 1886.

Haciendo un breve resumen de lo dicho hasta el momento, se evidencia que la naciente regulación económica, por sí traía diversas series de problemas de índole jurídica, política e ideológica para su aceptación. De un lado, se encontraba en juego las competencias legislativas estaduales y las federales para la emisión de legislación reguladora de las conductas individuales; de otro lado estaba la enorme carga ideológica presente en la regulación económica: hallar el adecuado entre la defensa de los intereses públicos y el libre desarrollo de las actividades económicas de los particulares, hecho que se denota en la intensa pugna sostenida en la Corte Suprema en la dación de fallo de *Munn vs. Illinois*, y la posterior atenuación de dicha doctrina en *Wabash*.

Así, el desarrollo de la regulación económica se va a ver signado por una fuerte carga ideológica, reflejada en la pugna existente dentro de la Corte Suprema respecto de las limitaciones que se establecían al ejercicio de las libertades económicas mediante la regulación: pugna traducida en la lucha entre los defensores del *laissez faire* y los defensores de la regulación a favor del bienestar general de la población⁵⁷.

Pero también es importante apuntar que en dicho contexto todavía no se habían reconocido expresamente los poderes de las comisiones estaduales para dictar prescripciones regulatorias. Se reconocía que estos organismos administrativos tenían naturaleza ejecutiva, y en cierto modo, gozaban de algunas competencias cuasi-jurisdiccionales; sin embargo, no se les reconocía el ejercicio de potestades legislativas, las que estaban reservadas al poder legislativo estadual y federal. Tanto es así, que en los *granger cases* lo que se discutía era la validez de la fijación de tarifas mediante leyes estatales. Esta doctrina será conocida como la *non-delegatio*, que impide dele-

53 Véase, BIANCHI, Alberto. «Desarrollo...» Op. Cit., p. 303.

54 BIANCHI, Alberto. «Desarrollo...» Op. Cit., p. 305.

55 BLEDEL, Rodolfo. «Introducción...» Op. Cit., p. 126-127.

56 Constitución de los EEUU. Artículo Uno. Octava Sección. Tercer Párrafo: El Congreso tendrá facultad: (...) 3. Para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias. Esta es la denominada «Cláusula de comercio» contenida en la Constitución. Para un completo estudio, en español, de esta «Commerce clause», véase, DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. «Unidad económica y descentralización política». Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 798.

57 Estas resistencias (tanto de los lobbies de las empresas ferroviarias como de los miembros de la judicatura influenciados por el Poder económico) han sido anotadas por BIANCHI, Alberto. «Desarrollo...» Op. Cit. P. 305.

gar al Congreso lo que ejerce por delegación popular⁵⁸, esto es la facultad de reglamentación de las actividades como actividad cuasi-legislativa⁵⁹.

Este era el escenario en el que se efectuó la creación de la I.C.C. como primera agencia administrativa con competencias federales. Nace, entonces, como señaló en su oportunidad el prestigioso administrativista norteamericano, Bernard SCHWARTZ, el derecho administrativo norteamericano.

Tercera fase: La creación de la Interstate Commerce Commission (I.C.C.). El nacimiento del derecho administrativo norteamericano.

La ICC fue la primera agencia administrativa federal, una comisión *Mandatory-type*, de acuerdo a la caracterización esbozada líneas atrás. BLEDEL afirma, que la dación de la *Interstate Commerce Regulation Act* fue la respuesta del gobierno federal frente a la doctrina sentada en *Wabash*⁶⁰. En efecto, dado que la Corte suprema había declarado que en función de la cláusula de comercio contenida en el párrafo nueve de la sección ocho del artículo I de la Constitución, competía al Congreso federal la regulación del comercio interestadual, el Gobierno federal⁶¹ reacciona con la dación de dicha ley, reguladora del comercio, y principalmente de la actividad ferroviaria. Y es en la sección once de dicha ley, que crea la *Interstate Commerce Commission* (I.C.C.). Dicho órgano administrativo, anota BLEDEL, debía velar por el cumplimiento de las disposiciones de dicha ley, que era aplicable «a todo porteador común o por-

teadores dedicados al transporte de pasajeros o de bienes, exclusivamente por ferrocarril y parte por vía fluvial y marítima en los casos en que se usan ambos sistemas de transportes bajo un control, dirección o acuerdo común, entre Estados nacionales y extranjeros»⁶².

La ICC fue en buena cuenta, el primer Organismo Regulador, la primera *Public Utility Regulatory Commission*, puesto que nace como un organismo público dedicado específicamente a la regulación de un servicio de utilidad pública, el de ferrocarriles. Nace dotado de importantes competencias de carácter administrativo, pero supeditada a la autoridad del Gobierno Federal⁶³. No nace totalmente autónoma e independiente del poder político, pero se le confieren poderes para ordenar y controlar el comportamiento de los agentes privados del negocio ferroviario.

La Ley concedió varias facultades a la ICC, aún cuando limitadas, según señala LANDIS⁶⁴. Entre las más importantes, se cuentan las siguientes:

- Poderes de dictar «órdenes» de «cesar y desistir» en la ejecución de actos prohibidos por la ley.
- Tenía jurisdicción para decidir respecto de un juicio de daños y perjuicios promovido ante ella contra una empresa de transportes.
- Poderes de realizar investigaciones de oficio respecto de una violación presunta de la ley.

58 Cfr. CARBONELL, Elisa y otro. «Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América». Op. Cit., p. 25.
59 Cabe mencionar que resulta extraño que en el sistema norteamericano, caracterizado por un férreo entendimiento del sistema de división de poderes tal como fuera planteado por Montesquieu, no distingue específicamente entre acto administrativo y reglamento, en mucho porque se considera que los primeros serían producidos luego de un procedimiento administrativo cuasi-judicial; y los segundos serían producidos en virtud de potestades cuasi-legislativas. Así, la potestad reglamentaria es, en principio, actividad legislativa, y por tanto, debe ser objeto de delegación para poder ser ejercida por las agencias. En ese sentido, la doctrina y jurisprudencia han entendido que la delegación de poder normativo a las agencias resulta cuestionable frente al principio de representatividad y responsabilidad democrática. Cfr. CARBONELL, Elisa y José Luis MUGA. Op. Cit., p. 23. Lo único que si es distinguible, gracias a la *Federal Administrative Procedure Act* de 1946, son los procedimientos de *rulemaking* (emisión de normas reglamentarias, de corte administrativo, denominadas *rules*) y *adjudication* (emisión de actos administrativos que declaran o establecen derechos en forma individual, a través de *orders*. Sobre el tema de la *adjudication*, véase, TAWIL, Guido Santiago. «Administración y Justicia...» Op. Cit.; y para el tema del *rulemaking*, véase, BIANCHI, Alberto. «El control judicial bajo la doctrina de la deferencia. En: AAVVS. Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial. Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2003, p. 523-569. Para el tema del *rulemaking*, véanse, p. 541-544 y 560-568. Recientemente, este autor ha vuelto a escribir sobre el tema, específicamente sobre el poder reglamentario de los Organismos Reguladores. Véase: BIANCHI, Alberto. «La potestad reglamentaria de los entes reguladores». En: *Jurisprudencia Argentina*. Tomo 2006-III. Ps 1080 y ss. Consultado digitalmente por suscripción en Lexis Nexis Online: www.lexisnexis.com.ar

60 BLEDEL, Rodolfo. Op. Cit., p. 126-127.

61 Como es sabido, por *Federal Government* la cultura jurídica norteamericana entiende el Estado Federal, esto es, el conjunto de las instituciones federales, legislativas, ejecutivas y judiciales, y no únicamente la cabeza del Ejecutivo de la Federación. Cfr. REY MARTINEZ, Fernando. «United States vs. Lopez y el Nuevo Federalismo norteamericano». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 17. No. 51. Septiembre-diciembre 1997. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, p. 274. En nota No. 4.

62 BLEDEL, Rodolfo. Op. Cit., p. 127.

63 El carácter de autonomía e independencia que se predica de las Agencias Independientes en los Estados Unidos es algo que se decanta en el tiempo, gracias a la intervención de la judicatura y del legislativo en dicho país. Actualmente, el adjetivo «independiente» que acompaña al sustantivo agencias, es algo que se encuentra totalmente aceptado en la experiencia comparada, pero es un punto al cual se ha llegado luego de un largo proceso evolutivo. Para una descripción de estos temas, véase: COTTIER, Bertil. «Las agencias independientes norteamericanas. ¿Un modelo para la Administración policéntrica del mañana?». Notas y Apéndices del Dr. César A. Lamas. En: *Revista Régimen de la Administración Pública*. Año 10. N° 116.

- La ICC en caso que un transportista violara, rehusara o fuera negligente en el cumplimiento de una resolución que ella emane, tenía la obligación de dirigirse a una Corte de Circuito federal, para que proceda «en equidad» con el fin de obtener el acatamiento de aquella orden o resolución.
- La ICC poseía la facultad de exigir a las empresas la presentación de un informe anual, en la época y en la forma que ella estableciere, como asimismo para requerirles explicaciones en todas las cuestiones sobre las que la Comisión necesitaba información.

Como se puede apreciar, hubo una suerte de concesión de funciones ejecutivas y cuasi-judiciales⁶⁵ en la ICC, pero todavía era precario hablar de una concesión legislativa. Justamente la cuestión respecto de que la ley había o no efectuado una delegación de facultades legislativas en la Comisión, fue el arma con la cual contaron los opositores de la ICC para cuestionar su validez ante la Corte Suprema.

Y justamente el problema fue que en aquella época la fijación de tarifas era una materia esencialmente perteneciente a la legislatura, y por tanto la ICC al no tener expresamente delegadas potestades para fijarlas se vio enfrentada a las primeras batallas legales por su defender la validez de su posición en el sistema de gobierno.

En tal sentido, si bien la ley señalaba que las tarifas debían ser «justas y razonables», no es menos cierto que no contenía ninguna expresión respecto de la existencia de facultades de la ICC para fijarlas. La Corte Suprema en sus primeras decisiones, manifiesta el sentimiento de hostilidad y preocupación generalizada de los grupos de poder frente a la existencia de la ICC. Así, se señala que la fijación de tarifas en todas las legislaciones de los Estados es un acto legislativo, y que si bien las Comisiones estatales te-

nían facultades para legislar al respecto, era porque contaban con una *delegación* de tales potestades con carácter expreso por parte de sus legislaturas. Sin embargo, al no contar la ICC con facultades para fijar tarifas, sino para investigar y decidir si eran justas o no, sus decisiones respecto de establecer la razonabilidad de las tarifas son manifiestamente inconstitucionales, al violar el contenido del principio de división de poderes, usurpando de esta manera competencias legislativas. Así, la primera gran prueba que soporta la ICC fue la del establecimiento del principio de la *non-delegatio* por parte de la Corte Suprema.

Es justamente aquí, donde comienza a vislumbrarse una primera regla en materia regulatoria, que posteriormente sería confirmada en «*Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway vs. Minnesota*»⁶⁶ y «*Reagan vs. Farmer's Loan & Trust Co.*»⁶⁷: la fijación de las tarifas es un poder inherente de la Legislatura, pero la determinación de su razonabilidad es inherente a los tribunales⁶⁸.

No obstante ello, posteriormente, se darían diversas leyes complementarias y modificatorias de las facultades de la ICC, hasta que mediante la dación de la *Hepburn Act* en el año 1906 se lograría la expresa delegación de facultades para fijar tarifas⁶⁹. Sin embargo, la orientación de la Corte Suprema americana iría poco a poco reconociendo mayores facultades a las comisiones reguladoras como cuando estableció la doctrina de la jurisdicción primaria. Queda por analizar aún el desarrollo pretoriano de elementos claves de la regulación económica, lo que se dará desde comienzos del siglo XX, y lo que esperamos, será la continuación de este ensayo.

IV

En orden a concluir esta entrega, conviene citar a Alberto BIANCHI, notable administrativista argentino bastante influenciado en su obra por el derecho

Consultado digitalmente por suscripción en: www.revistarap.com.ar.

64 LANDIS, James. «El poder administrativo». Op. Cit., p. 5-8.

65 TAWIL señala que la creación de estos entes encontró justificación adicional en el art. I, sección 8, párrafo 9 de la Constitución norteamericana, la misma que confiere al Congreso la potestad de creación de Tribunales inferiores al Tribunal supremo, en tanto existiera una revisión posterior ante los tribunales judiciales creados por el art. III, sección 1. Cfr. TAWIL, Guido Santiago. Op. Cit., p. 1351. En nota No. 19. De ahí que a las Comisiones regulatorias norteamericanas se les conozca como tribunales *non article III*, en tanto serían tribunales con potestad de ejercer jurisdicción en asuntos de su competencia originaria (doctrina de jurisdicción primaria) mediante los procedimientos de *adjudication*. Los comisionados que tienen competencia para decidir respecto de peticiones de los administrados son conocidos como *administrative law judges*, en la terminología de la *Federal Administrative Procedure Act* de 1946.

66 134 U.S. 418 (1889).

67 154 U.S. 362 (1894).

68 BIANCHI, Alberto. Op. Cit., p. 306.

69 BIANCHI, Alberto. «Desarrollo...» Op. Cit., p. 318-319. Para la evolución histórica sobre el tema de la fijación de tarifas en la experiencia regulatoria estadounidense, véase: CINCUNEGUI, Juan de Dios y Juan Bautista CINCUNEGUI. «Comentarios a la evolución jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos sobre la cuestión relativa al establecimiento de los precios de los servicios públicos». En: Revista Régimen de la Administración Pública. No. 223. Abril 1997. Consultado digitalmente por suscripción en: www.revistarap.com.ar. Asimismo, para visiones actuales y completas sobre el tema tarifario en los servicios públicos, con una fuerte influencia de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, véase: BIANCHI, Alberto. «La tarifa en los servicios públicos (Del *rate of return* al *Price-cap*)». En: Revista de Derecho Administrativo. N° 27-29. Tomo Año 1998. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998, p. 35-60; y, por último, la monumental obra de SACRISTAN, Estela. «Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales». Ábaco Editorial. Buenos Aires, 2007, p. 656.

norteamericano, quien recientemente ha señalado lo siguiente:

«En primer lugar me parece oportuno referirme al equilibrio que entiendo debe haber entre lo clásico y lo nuevo en el Derecho Administrativo. En la Argentina hace quince años se produjo una formidable revolución en muchos aspectos, que impactó fuertemente en lo jurídico y en particular en el Derecho Administrativo. El fenómeno de la privatización de los servicios públicos permitió que recobrara interés la llamada «regulación económica», que había quedado sumida en el olvido luego de muchas décadas de intervencionismo estatal en la economía.

Esto produjo algunos encandilamientos en quienes creyeron que la regulación económica se convertiría en el único contenido trascendente del Derecho Administrativo. Y no es así. Si circunscribiéramos el Derecho Administrativo a la regulación económica, o, peor aún, a algunos aspectos de la regulación sectorial, caeríamos en el error de los primeros comentaristas del Código Civil sancionado por Napoleón, que decían: «No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código Napoleón». De igual modo, los que sólo quieran interesarse en el régimen jurídico de las telecomunicaciones, del agua, del gas, de la energía eléctrica, o incluso de la regulación en general, caerán en la misma estrechez intelectual que los viejos juristas franceses deslumbrados por la legislación napoleónica» (resaltado agregado)⁷⁰.

Asimismo, creo oportuno también citar la opinión de Alfredo GUSMAN, destacado administrativista argentino, el mismo que enseña que:

«En los últimos tiempos se está apreciando una fuerte orientación hacia el arquetipo regulatorio de los Estados Unidos de América. El catedrático español Meilán Gil ha llegado a decir que hoy día, el protagonismo exportador de nociones jurídicas respecto de la idea de servicio público, que en su momento ocupó Francia, se ha desplazado a EE.UU. (...) Además el modelo norteamericano pa-

rece el referente a recurrir si se pondera, al margen de las cuestiones jurídicas, el sistema económico escogido que no se concilia con un Estado que ocupa el rol de principal prestador de los servicios públicos. (...)

Los operadores jurídicos que nos dedicamos a esta disciplina, [se refiere al Derecho Administrativo] tradicionalmente no hemos profundizado el examen de las instituciones administrativas norteamericanas. ***En estos momentos donde la discusión acerca de la manera más adecuada de regular los servicios públicos se ha entablado entre la sociedad, no deben descartarse las experiencias de los regímenes regulatorios de aquel orden jurídico, sin caer en la ingenuidad de perder de vista que ningún sistema es la panacea, ni en olvidarse de las peculiaridades propias de cada sociedad organizada.*** Pese a proponer el análisis del marco norteamericano para averiguar si puede sernos de utilidad al momento de edificar nuestros métodos de control (interrogante que respondo afirmativamente) no me olvido de la advertencia de un francés (Gastón Jéze) que en el prefacio de la edición argentina de una de sus obras desalentó la búsqueda de soluciones aplicables en forma general para todos los regímenes: «cada Estado tiene su derecho público propio, su derecho administrativo particular»⁷¹ (resaltados agregados).

Es cierto que es posible mirar hacia las vertientes novedosas que marca el derecho administrativo norteamericano con respecto a la regulación económica de los servicios públicos o a las intervenciones sectoriales en sectores regulados. Es claro también que ello será posible y necesario en la medida que se ha recibido influencia legislativa directa de la experiencia norteamericana, al menos en lo que se refiere a aspectos técnicos y económicos de los servicios públicos. Sin embargo, ello no quiere decir que por ello, debamos olvidarnos del derecho administrativo y abrazar sin más las ideas de la regulación económica como una sustituta de conceptos tales como el servicio público, el poder de policía o el derecho administrativo económico.

Sobre todo, este estudio preliminar responde a desentrañar algunas ideas con respecto a la evolución de la regulación económica y sus orígenes jurisprudenciales en el derecho norteamericano, y compro-

70 BIANCHI, Alberto. «La potestad reglamentaria de los entes reguladores». En: Jurisprudencia Argentina. Tomo 2006-III, p. 1080 y ss. Consultado digitalmente por suscripción en Lexis Nexis Online: www.lexisnexus.com.ar

71 GUSMAN, Alfredo. «La experiencia norteamericana en regulación de servicios públicos – Aportes para el diseño de un marco regulatorio aplicable a la Nación y a la ciudad de Buenos Aires». Publicado en: Revista El Derecho. Tomo 176. EDUCA. Buenos Aires, 1998, p. 863-874. Consultado digitalmente por suscripción en El Derecho online. www.elderecho.com.ar

bar que desde el inicio, la intervención administrativa en los servicios públicos en dicho sistema jurídico, se ha realizado desde tres elementos: una entidad administrativa (las comisiones de regulación y agencias administrativas regulatorias), normas jurídicas específicas para cada sector, y técnicas e instituciones propias del derecho administrativo (poder de policía, el fomento administrativo, el propio concepto de las *public utilities*, y la emisión de reglamentos y órdenes administrativas). Es decir, existen muchos elementos similares

Es claro que los inicios de la regulación económica como técnica de intervención administrativa fueron precarios en el derecho administrativo norteamericano, y su propia aparición en la escena jurídica fundamentalmente respondió como bien ha señalado BIANCHI a dos causas: a) necesidad pública; y b) razones ideológicas. En cuanto al primer elemento, creemos que es justamente con el *granger movement* que se evidencia la necesidad del gobierno norteamericano de dichas épocas de conciliar los intereses de los consumidores (granjeros), con los de las empresas: era necesario balancear las posiciones de ambos grupos de interés. Evidentemente, ante los abusos de las empresas ferroviarias, y dada la acendrada posición de no intervención en materia económica propia del sistema capitalista, el Gobierno necesitaba contar con un título de intervención que legitime la reglamentación de las actividades económicas. Y justamente ese fue el poder de policía, que fue aplicado a la materia económica, en aras del protección del interés público (contrarrestar el abuso del poder monopólico, proteger a los usuarios) que estaba presente en la realización de las actividades económicas. Dicho poder de policía, determinó la intervención administrativa de los Estados y del Gobierno Federal posteriormente, para determinar las condiciones de acceso a las *public utilities* y la determinación de las tarifas aplicables a tales servicios.

En cuanto a la **clave ideológica**, este elemento se denotó en la lucha entre los sectores «progresistas» y

«conservadores» respecto de la intervención estatal en materia económica. Debemos recordar que el sistema norteamericano tiene características peculiares, propias de su inspiración capitalista y que se manifiestan en una acendrada protección de las libertades civiles y económicas. En tal sentido, la lucha ideológica dio como resultado el reconocimiento de que también las actividades económicas ejercidas en condiciones abusivas como resultado de situaciones de monopolio natural, podían causar enormes perjuicios a la población, por lo que era necesario atenuar la plena libertad económica de tales agentes que había devenido en libertinaje, mediante la actuación de entes independientes, que especializados técnicamente, resolvieran los complejos problemas presentes en el control de las actividades económicas afectadas a un interés público, tales como las *public utilities*.

Así, creo que ha quedado suficientemente demostrado que, desde sus inicios más remotos, la regulación económica norteamericana nace como un elemento de cohesión entre la actuación estatal en la economía y el respeto de las libertades económicas, lo que se puede asimilar perfectamente a la actividad administrativa de intervención en la economía, tal como la conocemos en el derecho continental. Sin duda, con diferencias marcadas y que son propias de cada familia jurídica, pero con los mismos fines. Es tarea entonces, estudiar los puntos de conexión entre nuestro sistema y el del *common law* para adaptar sus planteamientos a los de nuestro sistema de derecho administrativo, pero sin llegar a extremos tales como de postular a la regulación económica como sustituta del derecho administrativo. Ello no sólo no es posible, sino una actitud muy limitada y falta de perspectiva jurídica. La regulación económica no es más que un capítulo especial dentro del derecho administrativo, y se nutre de técnicas e instituciones propias de esta rama del Derecho, aquí y en todos los países o experiencias jurídicas que requieran de un instrumento de equilibrio entre el poder público y las libertades (en este caso económicas) del ciudadano. CA