

El derecho administrativo como comity. Breve comentario al “perfetto sconosciuto” de Mazzamuto

Administrative Law as Comity.

A Brief Commentary on Mazzamuto’s “perfect stranger”

JOSÉ JUAN MORESO

Catedrático de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) – BIAP (Barcelona Institut of Analytic Philosophy).

E-mail: josejuan.moreso@upf.edu

ABSTRACT

Este texto es un comentario al sugerente ensayo del Prof. Mazzamuto dedicado al derecho administrativo. En él se subraya la función del derecho administrativo como un modo de implementar los principios constitucionales en un clima de respeto y cooperación entre las autoridades públicas (‘comity’). Se atiende con estas ideas a la extensión del derecho administrativo en dos esferas relativamente nuevas: las regulaciones de las agencias independientes y el derecho administrativo global. Al final se muestra la importancia del derecho administrativo para sujetar el poder que se expresa en algunos ámbitos más discrecionales, como los servicios de inteligencia o la lucha contra el terrorismo, lo que se denomina el *reino de las tinieblas*.

This text is a commentary on Prof. Mazzamuto’s thought-provoking essay on administrative law. It underlines the function of administrative law as a way of implementing constitutional principles in a climate of respect and cooperation between public authorities (‘comity’). It attends with these ideas to the extension of administrative law into two relatively new spheres: the regulations of independent agencies and global administrative law. In the end, the importance of administrative law in restraining the power that is expressed in some more discretionary spheres, such as the intelligence services or the fight against terrorism, what is called the kingdom of darkness, is shown.

KEYWORDS

Marco Mazzamuto, comity, agencias independientes, derecho administrativo global, rule of law, reino de las tinieblas

Marco Mazzamuto, comity, independent agencies, global administrative law, rule of law, kingdom of darkness

El derecho administrativo como comity. Breve comentario al “perpetto sconosciuto” de Mazzamuto

JOSÉ JOAN MORESO

1. Introducción – 2. Interludio español – 3. *The Global Administrative Space* – 4. *El reino de las tinieblas* – 5. *Para concluir: el derecho administrativo como comity*

*The law does not consist of particular cases
but of general principles, which are illustrated
and explained by these cases.*

Lord Mansfield, *R v Bembridge* (1783) 3 Doug 327, 332

1. Introducción

Mis colegas y amigos palermitanos me convocan a comentar un sugerente texto del profesor Mazzamuto, un destacado representante de la iuspublicística palermitana, a la que se debe, de la mano de los grandes nombres de Vittorio Emanuele Orlando y Santi Romano, el origen de la Escuela italiana de derecho público¹. Lo que voy a decir aquí ha de leerse únicamente como un conjunto de reflexiones sugeridas por el texto de Mazzamuto, procedentes de un filósofo del derecho español, perteneciente a la tradición analítica. Tal vez a ello pueda añadir una especial fascinación por el derecho administrativo, en alguna situación contrafactual, debo reconocer que me he imaginado como profesor de derecho administrativo, tengo entre las lecturas que han dejado huella en mi trayectoria académica, las de las obras de Adolf Julius Merkl, que reputo una prístina expresión del ideal de la *rule of law*, del ideal de ser gobernados por leyes y no por seres humanos².

MAZZAMUTO (2022, 174) expone lo que, tal vez, sea la idea principal de su contribución del siguiente modo:

«Potremmo dire, con una qualche semplificazione di sintesi, che il diritto amministrativo è più un diritto per principi, di elaborazione giurisprudenziale, che conforma l’ingombrante e scomposta presenza di norme scritte, mentre il diritto civile, pur non certo privo di principi, è più un diritto fondato sulle norme scritte e sulla loro interpretazione».

Insiste en que el derecho administrativo es un derecho *pretorio*. Y a esta idea, con la que estoy de acuerdo, se dedicarán mis comentarios. Con la convicción, por otro lado, de que los teóricos del

* Este trabajo ha sido escrito bajo el auspicio de tres proyectos de investigación, concedidos respectivamente por la Agencia Española de Investigación PIF2020-115941GB-I00, por la Generalitat de Catalunya, 2021 SGR 00923 y por la AET (Agencia Estatal de Investigación) del Ministerio de Ciencia e Innovación en el Programa María de Maeztu de Unidades de Excelencia CEX2021-001169-M.

¹ No estoy en condiciones, obviamente, de pronunciarme sobre el origen liberal de dicha escuela y sus polémicas relaciones con el autoritarismo en la Italia de comienzos del *Novecento*. De ello se ha ocupado el autor en los lugares que nos indica en la nota 2 de su ensayo.

² Con esta clave, al menos, leí yo hace ya más de treinta años su MERKL (1927), en la traducción española de 1980, que era una edición mexicana de la versión española de 1935 – MERKL 1980 [1927]. Por otro lado, al ideal de la *rule of law* dedicó mi amigo Bruno Celano, al que tanto echamos en falta, buena parte de sus trabajos en la última década de su vida, ahora recopilados en CELANO 2022.

derecho hemos prestado una atención demasiado preponderante, tal vez excesiva, al razonamiento judicial, ignorando el hecho de que la relación que tenemos como ciudadanos con el derecho está permeada de nuestra relación con la administración. Pocas veces en nuestra vida nos hallamos involucrados en un proceso judicial; sin embargo, nuestra relación con las autoridades administrativas es casi cotidiano, nuestro modo de estar en el mundo es, por así decirlo, *weberiano*.

Atrapados en una tupida malla de disposiciones y actos administrativos, tal vez es más clara una de las funciones cruciales del derecho, la función de controlar al poder, de hacer que esta malla sea respetuosa con nuestros derechos básicos. Y esta es, creo, la razón última de ser del derecho administrativo.

Mazzamuto dice, con muy buenas razones, que el origen de esta concepción del derecho administrativo se halla en Francia. Sin embargo, creo que es una idea que se produce en todas las culturas jurídicas de la modernidad. Incluso en una cultura jurídica como la inglesa, de la que se ha dicho (LOUGHLIN 2003, 2) que «la historia británica moderna está basada en el rechazo de la idea del derecho público», es posible rastrear esta idea de sujetar al poder. Veámoslo con un ejemplo de un pronunciamiento de Lord Mansfield en 1774³, el mismo autor de las palabras que figuran como epígrafe de este comentario. En 1771, en la isla de Menorca, entonces una colonia del Imperio británico cedida por España en el Tratado de Utrecht de 1713, Mostyn, el gobernador de la isla, detuvo a un ciudadano menorquín, Fabrigas, por seis días en condiciones muy duras y lo deportó por doce meses a Cartagena de Indias, bajo el dominio de España en esos tiempos. Dado que ninguna demanda podía ser aceptada en la zona de Menorca en que fue detenido, sin el consentimiento del gobernador, Fabrigas presentó la demanda ante la *Court of Common Pleas* de Londres por secuestro y detención ilegal y consiguió una sentencia favorable del jurado que obligó a indemnizarle con 3.000 libras. Mostyn apeló arguyendo que el tribunal sólo tenía jurisdicción para conocer de casos entre ciudadanos residentes en Londres. No obstante, Lord Mansfield concluyó que Menorca era parte de Londres para los propósitos de la acción, exactamente en ‘St Mary Le Bow, in the Ward of Cheap’, y el *King’s Bench* confirmó la sentencia. Esta decisión suele ser aducida como un ejemplo extremo del uso de las ficciones en el derecho⁴, pero no es a ello a lo que quiero referirme aquí, sino al modo en el que Lord Mansfield replica a la pretensión del gobernador de que sus acciones no estaban sujetas a control jurisdiccional:

«It is contended that General Mostyn governs as all absolute Sovereigns do, and that *stet pro ratione voluntas* is the only rule of his conduct. From whom does the governor derive this despotism? Not from the King, for the King has no such power, and, therefore, cannot delegate it to another [...] But Governor Mostyn neither sat as a military or as civil Judge; he heard no accusation, he entered into no proof; he did not even see the prisoner; but in direct opposition to all laws, and in violation of the first principles of justice, followed no rule but his own arbitrary will, and went out of his way to persecute the innocent. If that be so, he is responsible for the injury he has done: and so was the opinion of the Court of C. B.».

Entonces, también en Gran Bretaña, después de la revolución gloriosa, las actuaciones arbitrarias del poder no son opacas al control. Este es, me parece, una de las más preciadas conquistas de la modernidad y el derecho público es, entonces, un modo de luchar contra las inmunidades del poder, un modo de poner coto a las arbitrariedades del poder.

³ *Mostyn v. Fabrigas*, 1 Cowp. 161, 98 Eng. Rep 1021 (K. B. 1774) (Mansfield, L. J.).

⁴ Vd., por ejemplo, SCHAUER 2015 y MORESO 2015. Tal vez decisiones como ésta arrancaran el contundente juicio al respecto del prefacio de la primera obra de Jeremy BENTHAM (1976): «But above all the pestilential breath of fiction poisons the sense of every instrument it comes near».

2. Interludio español

En mi país, las dificultades para alcanzar de manera estable un Estado democrático durante los siglos XIX y XX dificultó, en buena medida, la aparición de una Escuela sólida de derecho público. Este hecho hace más notable, si cabe, que en medio de la sórdida dictadura franquista, Eduardo García de Enterría, el jurista hispano más relevante de la segunda mitad del pasado siglo, escribiera un ensayo (GARCÍA DE ENTERRÍA 1962) verdaderamente seminal⁵, titulado precisamente *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*.

En dicho trabajo, García de Enterría emprende una operación de acoso y derribo contra los tres modos en los que se trataba de proteger la arbitrariedad en el ejercicio del poder. Se trata, respectivamente, de la doctrina de los actos discrecionales, de la doctrina de los actos políticos y la doctrina de la producción normativa de la administración, fundamentalmente los reglamentos.

Como él mismo nos dice (GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 166):

«La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo».

A la doctrina de los poderes discrecionales de la administración replica con tres poderosos argumentos: a) que no hay actos administrativos que no tengan una dimensión reglada y, con ella, es posible controlarlos mediante la doctrina de la desviación de poder, b) que la doctrina alemana de los *conceptos jurídicos indeterminados*, muestra que en la aplicación de dichos conceptos hay un espacio para el control objetivo y c) que los principios generales del derecho también son relevantes en la aplicación del derecho administrativo. Para decirlo brevemente, García de Enterría sostiene que poder discrecional es muy distinto de poder arbitrario⁶.

Respecto de los actos políticos su posición es más categórica si cabe. La Ley española, una ley para la administración de un sistema autoritario –no ha de olvidarse– establecía en su artículo 2.º, apartado b) una zona de inmunidad en las «cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar».

Actos que, según la exposición de motivos de la ley, son “esencialmente distintos” de los actos administrativos. Nuestro autor escribe (GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 182): «Estas afirmaciones tan categóricas, puestas al lado de sus consecuencias en la parte preceptiva de la Ley y en la jurisprudencia, no las comparte hoy, podemos decir, ningún otro sistema y quizá ningún jurista autorizado». Añade que dicha doctrina es un modo de tratar de mantener viva la periclitada *razón de Estado*, y se impone su desaparición (GARCÍA DE ENTERRÍA 1982, 190).

Respecto de los poderes normativos, es importante su defensa cerrada del control judicial de legalidad de la potestad reglamentaria. El autor sabía bien que la estructura jerárquica del sistema jurídico (una idea que Hans Kelsen recibió de A.J. Merkl precisamente) es, en definitiva, un modo de proteger las libertades de los ciudadanos.

⁵ Como él mismo aclara al comienzo, se trata de la versión escrita de una conferencia pronunciada en la Universidad de Barcelona, dirigida a la promoción Manuel Ballbé de 1962. Manuel Ballbé había sido un administrativista de la misma orientación que el autor de la conferencia, muerto prematuramente, autor en buena parte de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.

⁶ Hay en esta posición del autor un cierto aire *dworkiniano avant la lettre*, por ejemplo referido a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados (GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 172): «Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta». Una anticipación de la que, más tarde, el autor fue perfectamente consciente y se refirió al Dworkin de *The Model of Rules* (DWORKIN 1967), cuando en España casi nadie lo conocía (GARCÍA DE ENTERRÍA 1981).

Estas ideas tuvieron entre nosotros una gran fortuna y ello hizo más eficaz, desde el punto de vista jurídico, la transición de España hacia la democracia. La misma Constitución española de 1978 debe mucho a estas ideas.

Aunque, tal vez, un joven jurista europeo actual se sorprendería de la importancia que otorgo a este legado, porque lo considere parte de los *endoxa* de los juristas en la actualidad. No obstante, como trataré de mostrar en las siguientes secciones, habremos de recurrir a ellos de nuevo, me temo, para afrontar los desafíos que tenemos a la vista.

3. *The Global Administrative Space*

Desde que García de Enterría escribía estas maravillosas reflexiones han transcurrido sesenta años –toda mi vida me temo– y el panorama actual es algo distinto. Hay, al menos, dos cosas que han cambiado en el panorama de las actividades reguladas administrativamente: la aparición de agencias independientes del gobierno que disfrutan de amplios poderes normativos y reguladores y el hecho de la globalización, del mercado, del comercio, de las migraciones, del impacto climático, de los derechos.

En relación con las agencias, recientemente dos muy relevantes profesores de Harvard, Cass Sunstein y Adrian Vermeule (SUNSTEIN, VERMUELE 2021) acaban de publicar un libro tratando de afrontar este problema. Un libro, titulado *Law and Leviathan*, que de hecho afronta un problema que también plantea Mazzamuto:

«un'articolazione dei poteri pubblici che non si limiti alla triade montesquieuiana, ma che penetri all'interno di ciascun potere, per prevenire non solo un Leviatano *tout court*, ma anche un pur sempre temibile Leviatano aggettivato, cioè un Leviatano legislativo, giudiziario o esecutivo (si pensi al bicameralismo e soprattutto alla parcellizzazione del potere legislativo insita nel divieto di mandato imperativo; si pensi al carattere diffuso del potere giurisdizionale; si pensi infine al potere esecutivo e a quello amministrativo frammentati in una pluralità di competenze); e così via» (notas omitidas).

Me parece que tanto Mazzamuto como los profesores de Harvard consideran que, por una parte, las agencias no pueden quedar inmunes a los controles democráticos y que, por otra parte, deben contar con los instrumentos para llevar a cabo su cometido. Y aquí, de nuevo, habremos de acudir a los principios. En la última sección volveré a referirme a ello.

Esta situación no hace más que agravarse cuando nos situamos en el espacio global. En un artículo seminal al respecto, Kingsbury, Krisch, Stewart (KINGSBURY et al. 2005, 16) lo dicen de este modo tan convincente:

«Underlying the emergence of global administrative law is the vast increase in the reach and forms of transgovernmental regulation and administration designed to address the consequences of globalized interdependence in such fields as security, the conditions on development and financial assistance to developing countries, environmental protection, banking and financial regulation, law enforcement, telecommunications, trade in products and services, intellectual property, labor standards, and cross-border movements of populations, including refugees. Increasingly, these consequences cannot be addressed effectively by isolated national regulatory and administrative measures. As a result, various transnational systems of regulation or regulatory cooperation have been established through international treaties and more informal intergovernmental networks of cooperation, shifting many regulatory decisions from the national to the global level. Further, much of the detail and implementation of such regulation is determined by transnational administrative bodies –including international organizations and informal groups of officials– that perform administrative functions but are not directly subject to control by national governments or domestic legal systems or, in the case of

treaty-based regimes, the states party to the treaty. These regulatory decisions may be implemented directly against private parties by the global regime or, more commonly, through implementing measures at the national level. Also increasingly important are regulation by private international standard-setting bodies and by hybrid public-private organizations that may include, variously, representatives of businesses, NGOs, national governments, and intergovernmental organizations».

Como es obvio, desde que los autores publicaron el trabajo, la literatura no ha hecho más que crecer y ahora ya contamos con un campo académico conocido como *Global Administrative Law*, con libros y multitud de publicaciones, centros y proyectos de investigación y, también, materias que se enseñan en nuestras Facultades de Derecho.

La malla a la que me refería al principio se ha hecho más tupida y más compleja. Sin embargo, el problema es el mismo con el que se enfrentaba Lord Mansfield, ¿cómo evitamos que el poder se ejerza arbitrariamente?, ¿cómo luchamos contra las inmunidades de estos nuevos tipos de poderes?

Mucho ha de decirse al respecto, y mucho se dice y se dirá. Sin embargo, yo me conformaré –en la próxima sección– con referirme a algunos aspectos para los que, creo, nuestras respuestas son más urgentes.

4. *El reino de las tinieblas*

La filosofía política contemporánea está más centrada en lo que John Rawls (RAWLS 199, 215 s.) denominó la *teoría ideal* que en resolver nuestros problemas en situaciones muy distantes del ideal. Valentini (2012) ha distinguido convenientemente tres sentidos de la distinción entre teoría ideal y teoría no-ideal: en el primero de ellos, la teoría ideal es aquella que presupone la estricta observancia de sus postulados (*strict compliance*), mientras la teoría no-ideal sólo presupone una observancia parcial. En el segundo sentido, teoría ideal es algo como una concepción *utópica*, mientras la teoría no-ideal es una concepción *realista*. En el tercero y último, la teoría ideal lo es de lo que podemos llamar el estado final, el punto de llegada y la teoría no-ideal es la concepción transicional. Sea como fuere, en los tres sentidos mientras la filosofía política tiene presente la teoría ideal, las prácticas políticas parecen abonadas a la teoría no-ideal.

Y ello es preocupante en algunos ámbitos: pensemos en las políticas de nuestros países europeos (de Italia y España) acerca de la inmigración o en la regulación, o ausencia de ella, de los servicios de inteligencia que han de velar por nuestra seguridad, frente a los posibles ataques del terrorismo por ejemplo. Parece que aquí pasamos de la teoría ideal, del *reino de los fines*, al *reino de las tinieblas*⁷.

Quiero advertir, como cautela, que no tengo una posición ingenua respecto a estas cuestiones. Comprendo que abrir nuestras fronteras sin límite alguno no es una posición plausible dado que, según creo, empeoraría la situación de casi todos y, también, considero justificada, con algunas matizaciones, la presencia de servicios de inteligencia que velen por nuestra seguridad. Sin embargo, ello no habría de comportar dejar inmunes las acciones arbitrarias del poder y, demasiado a menudo, es así.

Creo que los filósofos políticos y los teóricos del derecho público deberían atreverse a entrar, más a menudo, en el reino de las tinieblas. Tal vez, en algunas circunstancias sea preciso *ensuciarse las manos*, pero deberíamos saber con qué alcance y bajo qué controles. No hacerlo así

⁷ Recordemos, para seguir en el *Leviatán*, que Hobbes tituló la cuarta parte de su libro (HOBBS 1651), *The Kingdom of Darkness*, precisamente (aunque dedicado fundamentalmente a la crítica de la influencia de la Iglesia y de las supersticiones religiosas).

es abdicar de nuestros ideales como juristas comprometidos con una imagen del derecho como sujeción del poder⁸.

5. *Para concluir: el derecho administrativo como comity*

Parece, entonces, que enfrentamos algo como un dilema. Por un lado, impedir la actuación arbitraria de los poderes supone someterlos a un control férreo, un control que, al final, queda en manos de los jueces. Por otro lado, precisamos que los poderes, en sus funciones de procurar sentar las bases del respeto y la honra de nuestros derechos y proporcionarnos el acceso a un razonable bienestar, puedan llevarlas a cabo con una cierta autonomía.

Al fin y al cabo, el ideal de la democracia constitucional tiene tres vértices: el respeto y la honra de los derechos básicos de todos, el autogobierno democrático y la *rule of law*, la *primauté du droit*, como dicen con el francés del Québec⁹. Ahora bien, ¿qué lugar debe ocupar en este espacio el derecho administrativo? No tengo una respuesta articulada a esta pregunta, a la que contribuciones como las de Mazamutto nos ayudan a considerar más convenientemente. Sin embargo, lo diré del modo en el que comienza otro libro, este más reciente, de derecho administrativo con cuya lectura he recordado, y sentido nostalgia también, mis juveniles lecturas de Merkl. Me refiero al manual de Timothy Endicott, *Vinerian Professor of English Law* y buen amigo (ENDICOTT 2021, xv):

«Comity is the duty of one authority to respect and to support the proper function of other authorities. This book is mostly about comity among public authorities. I aim to explain how administrative law can enable them to work together to give effect to the constitutional principles that support responsible government».

⁸ Pienso en enfoques como el ya antiguo de WILLIAMS 1978. Un panorama actual de la cuestión en COADY 2018.

⁹ Desarrollo esta idea en MORESO 2021.

Referencias bibliográficas

- BENTHAM J. 1776. *A Fragment on Government*. Disponible en: <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1776.pdf>.
- CELANO B. 2022. *El gobierno de las leyes: Ensayos sobre el Rule of Law*, Marcial Pons.
- COADY C.A.J. 2018. *The Problem of Dirty Hands*, en ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 Edition). Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/dirty-hands/>.
- DWORKIN R. 1967. *The Model of Rules*, en «University of Chicago Law Review», 33, 1967, 14 ss.
- ENDICOTT T. 2021. *Administrative Law*, 5. ed., Oxford University Press.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. 1962. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, en «Revista de administración pública», 38, 159 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. 1981. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas.
- HOBBS T. 1651. *Leviathan*. Disponible en: <https://www.gutenberg.org/files/3207/3207-h/3207-h.htm>.
- KINGSBURY B., KRISCH N., STWEART R.B. 2005. *The Emergence of Global Administrative Law*, en «Law & Contemporary Problems», 68 (3-4), 15 ss.
- LOUGHLIN M. 2003. *The Idea of Public Law*, Oxford University Press.
- MAZZAMUTO M. 2022. *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», XXII (2), 167 ss.
- MERKL A.J. 1980. *Teoría general del Derecho administrativo*, Editora Nacional (ed. or. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, Springer; primera edición en español, *Teoría general del derecho administrativo*, traducción de a cargo de E. Imaz y revisión a cargo de R. Fernández de Velasco y S. Royo, 1935, Editorial Revista de Derecho Privado).
- MORESO J.J. 2015. *Los límites de la tesis de la incorporación*, en «Doxa», 38, 265 ss.
- MORESO J.J. 2021. *Stato di diritto*, en CARUSO C., VALENTINI C. (eds), *Grammatica del costituzionalismo*, il Mulino, cap. IV.
- RAWLS J. 1999. *A Theory of Justice*, revised edition. Harvard University Press.
- SCHAUER F. 2015. *Legal Fictions Revisited*, en DEL MAR M. y TWINING W. (eds.), *Legal Fiction in Theory and Practice*, Springer, 113 ss.
- SUNSTEIN C., VERMEULE A. 2020. *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Harvard University Press.
- VALENTINI L. 2012. *Ideal vs. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map*, in «Philosophy Compass», 7/9, 2012, 654 ss.
- WILLIAMS B. 1978. *Politics and Moral Character*, en HAMPSHIRE S. (ed.), *Public and Private Morality*, Cambridge University Press, 55 ss.