



UNIVERSIDAD A DISTANCIA DE MADRID  
Máster Universitario en Práctica de la Abogacía  
Curso 2022-2023

**EL DEBATE ACTUAL SOBRE EL *ADMINISTRATIVE STATE* EN LOS  
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y SUS POSIBLES REPERCUSIONES EN  
EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL**

Trabajo Final de Máster (TFM)

Presentado por:  
Tomás Aníbal Arias Castillo  
N.I.E. X8032744V

Director del Trabajo:  
Prof. Dr. D. Alfredo Alcañiz Rodríguez

Madrid, 30 de octubre de 2022

## ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN.....	3
PRIMERA PARTE. ALGUNAS IDEAS-FUERZA SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO LIBERAL.....	10
I.- LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	10
1.- La Administración Pública como Persona Jurídica.....	10
2.- Sobre la Visión “Sincrética” del Derecho Administrativo (“Equilibrio entre Prerrogativas y Derechos”).....	12
3.- El Derecho Administrativo y su (Falta de) Perspectiva Histórica.....	13
4.- Constitucionalismo y Derecho Administrativo.....	14
5.- La Confusión Derecho-Justicia en el Derecho Administrativo Contemporáneo.....	15
II.- DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.....	16
1.- La Distinción entre Sociedad Civil y Estado.....	16
2.- Derechos Sociales y Administración Prestacional.....	16
3.- La Administración Pública debe Concurrir en Igualdad Frente a los Particulares....	17
4.- La Privatización en Materia de Gestión.....	18
5.- Es Necesario Detener la Expansión del Sector Público y Cortar el Círculo Vicioso Policía-Regulación-Gestión Pública.....	19
III.- LAS GARANTÍAS DE LOS PARTICULARES FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	20
1.- Los Órganos y Agencias Administrativas Irrespetan los Derechos Individuales.....	20
2.- La Autotutela Administrativa Ha de Ser la Excepción y Nunca la Regla.....	21
3.- No Existe Justificación para la Existencia Separada del Contencioso Administrativo.....	22
4.- Los Jueces Deben Tener los Mismos Poderes para Juzgar y Ejecutar lo Juzgado, Independientemente de Quienes Sean las Partes en Juicio.....	22
5.- La Doctrina sobre la Deferencia Judicial Hacia la Administración Pública Convierte al Derecho en Plastilina.....	23
SEGUNDA PARTE. EL DEBATE SOBRE EL <i>ADMINISTRATIVE STATE</i> EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA SITUACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA.....	24
I.- EL <i>ADMINISTRATIVE STATE</i> , O LOS ORÍGENES ANTILIBERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESTADOUNIDENSE.....	24
II.- EL DEBATE DOCTRINAL ACTUAL: SUS VERTIENTES DOGMÁTICAS Y FILOSÓFICAS.....	32
III.- LA SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA: ¿ES EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO UN PROCESO O UN CONTROL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	37
IV.- SOBRE LAS REPERCUSIONES QUE PUEDE TENER EN ESPAÑA EL DEBATE SOBRE EL <i>ADMINISTRATIVE STATE</i> .....	41
CONCLUSIONES.....	42
BIBLIOGRAFÍA.....	45
Monografías.....	45
Artículos en revistas especializadas.....	47

## INTRODUCCIÓN

El presente documento constituye no sólo mi Trabajo Final en el Máster Universitario en Práctica de la Abogacía, sino una muestra del lugar que ocupa el Derecho Administrativo entre mis cavilaciones generales sobre el Derecho, así como una reflexión sobre el Derecho Administrativo, si se quiere teórica, pero también a la luz de mi preocupación práctica por ejercer esta rama del conocimiento jurídico en España, luego de veinte años de experiencia profesional y académica en Venezuela<sup>1</sup>.

Desde incluso antes de graduarme como Abogado en la Universidad Central de Venezuela (28.11.2002), ya tenía claro que me dedicaría al Derecho Administrativo, al ser la rama del Derecho Público que más problematizaba, día a día, caso a caso, las tensiones entre autoridad y libertad, en el marco de las sociedades hiperreguladas actuales. Parte de mi interés radicaba en que el Derecho Administrativo regulaba un sinfín de situaciones, las cuales podían ir desde asuntos relacionados con la descentralización política y administrativa, pasando por casos sobre tráfico de vehículos y llegando hasta cuestiones urbanísticas. Ello me daría -así pensaba yo- no sólo más campo de trabajo, sino una capacidad de analizar los más variados e interesantes casos legales, con la ventaja, además, de la relativa novedad del Derecho Administrativo frente a otras ramas como el Derecho Civil, el Derecho Penal o, incluso, el Derecho Laboral.

Lo que no entendía bien entonces (aún intento entenderlo bien hoy) es que:

---

<sup>1</sup> Tomás A. Arias Castillo. **Universidad Central de Venezuela:** *Abogado* (1997-2002), *Especialización en Derecho Administrativo* (mención honorífica, 2003-2009), Profesor de Filosofía del Derecho (Grado en Derecho, 2010-2016) y Profesor de Derecho Administrativo Profundizado y Argumentación Jurídica en el Contencioso Administrativo (Especialización en Derecho Administrativo, 2009-2016). **Universidad de Alicante:** *Especialista Universitario en Argumentación Jurídica* (2004-2005) y *Máster en Argumentación Jurídica* (2017-2018). **Centro de Estudios Políticos y Constitucionales:** *Diploma en Derecho Constitucional y Ciencia Política* (curso 2007-2008). **Universidad Carlos III de Madrid:** *Grado en Derecho* (2021), *Máster Universitario en Derecho Público* (2006-2011) y *Doctorado en Derecho* (2017-2023)\*. **Universidad a Distancia de Madrid:** *Máster Universitario en Práctica de la Abogacía* (2021-2023). **Universidad Católica Andrés Bello:** Profesor de Argumentación Jurídica (2005-2006) y **Universidad Metropolitana:** Profesor de Introducción al Derecho (2004-2006), de Argumentación Jurídica (2005-2006), de Taller de Tesis I (2008-2011) y de Tópicos Avanzados de Derecho Administrativo (2009-2011). Su tesis doctoral, aún en elaboración, aborda el debate sobre el Estado Administrativo en EE.UU, desde un punto de vista iusfilosófico.

- (i) Esa multiplicidad y variedad de casos en los cuales resulta aplicable el Derecho Administrativo, no era sino la evidencia de que la Administración Pública -su organización, sus valores, sus fines y su interés, el llamado *interés público*- había penetrado e interferido prácticamente la totalidad de las relaciones jurídicas relevantes, incluso las anteriormente consideradas propias de la autonomía de la voluntad privada;
- (ii) El Derecho Administrativo contemporáneo ha venido construyendo un relato explicativo, pero también justificativo, de esa omnimoda presencia de la Administración Pública en la sociedad, normalmente aduciendo un supuesto equilibrio entre prerrogativas del Poder Público, por una parte, y derechos, libertades y garantías de los particulares, por otra parte, cuando, bien analizado dicho relato, la verdad es que casi siempre se inclina a favor de dichas prerrogativas y en muy pocas ocasiones lo hace para favorecer derechos, libertades y garantías de los particulares administrados; y
- (iii) El Derecho Administrativo es un producto de su tiempo y, por tanto, surgió, se desarrolló y se consolidó en un período de crecimiento del Estado, un período (siglo XIX y tres cuartas partes del siglo XX) en el que incluso la soberanía estatal fue un atributo indisputado y que permitía a los Estados producir regulaciones a lo interno, prácticamente sin límites.

Condensando un poco las anteriores observaciones, y luego del transcurso del tiempo, llegué a la conclusión de que quizás el Derecho Administrativo echaba de menos contrastar *de verdad* ese relato favorable a las prerrogativas de la Administración, con otro relato alternativo sobre la burocracia y sobre el propio Derecho Administrativo, hecho desde el Liberalismo, esto es, la doctrina o concepción del mundo que pone a la libertad como valor absoluto y que, en el plano práctico, comporta sostener: (i) el **Estado limitado**, o **Estado de Derecho**,

como ideal jurídico y político; y (ii) el **Estado mínimo**, como el ideal desde el punto de vista económico<sup>2</sup>.

En la primera parte de este trabajo, realizo un esbozo de las que considero ideas-fuerza de ese segundo relato, relato liberal, relato desconocido o muy poco empleado dentro del Derecho Administrativo. Se trata de ideas escritas desde mi reflexión individual, aun cuando, obviamente, hallan eco e inspiración no sólo en los pensadores liberales clásicos y contemporáneos, sino también en parte de las críticas a lo interno del Derecho Administrativo, especialmente donde aparecen fallas, tanto teóricas como teleológicas, en la aproximación hacia las relaciones jurídico-administrativas.

La razón de esa primera parte es ver que las evaluaciones y críticas que hacemos a aspectos parciales del Derecho Administrativo -como en el caso del presente trabajo, relacionadas con la tutela judicial de derechos, libertades e intereses frente a la Administración Pública- se encuentran en un contexto más amplio, que no es otro sino el de criticar la **permanente justificación**, desde el Derecho Administrativo, de una supuestamente necesaria superposición de la Administración Pública frente a los particulares. Por eso, dichas ideas-fuerza tienen su aplicación en tres ámbitos: **(i) la Teoría General del Derecho Administrativo; (ii) el Derecho Administrativo Económico; y (iii) Las Garantías de los Particulares frente a la Administración Pública.**

En la segunda parte de este trabajo, hacemos una exposición del estado actual del debate en los Estados Unidos de América sobre lo que allí llaman Estado Administrativo (*Administrative State*), lo cual, para nosotros, en la tradición jurídica europea continental, viene a significar la influencia y penetración del Derecho Administrativo en el contexto del *Common Law* angloamericano, la relativa pérdida de poder y significación de los jueces y la construcción de sus precedentes frente a la proliferación de Agencias Administrativas Federales, así

---

<sup>2</sup> En 2018, luego de conversar sobre este asunto entre abogados administrativistas, surgió una invitación para escribir un pequeño artículo para el Cato Institute, sobre los dos relatos sobre el poder de las burocracias. Ver: <https://www.elcato.org/la-tarea-de-los-liberales-y-los-dos-relatos-sobre-el-poder-de-las-burocracias>

como la análoga pérdida de poder y significación cultural tradicional de los abogados frente a los expertos, técnicos y burócratas federales.

La justificación de la exposición del caso estadounidense radica no sólo en la singularidad o la gran importancia política y económica de los Estados Unidos de América, sino también en el hecho de que el debate que allí se da hoy en día podría ser influyente en el curso que tome la regulación administrativa en otras partes del mundo y, si es así, ello también traerá sus repercusiones en la forma como se expone y enseña el Derecho Administrativo, no sólo en los países del *Common Law*, sino también en los países del Derecho Civil, codificado o legislado.

Aparte de ello, la justificación de comparar la situación española con la estadounidense se encuentra en el hecho de poder ver los rasgos comunes y diversos que tienen la aproximación al Derecho Administrativo como análisis y contraste entre las prerrogativas del Estado, por un lado, y los derechos, libertades y garantías de los particulares, por el otro. No tengo la menor duda de que el debate sobre el *Administrative State* es un debate entre Estado y sociedad civil, entre Estado intervencionista/planificador y Estado mínimo, entre centralización administrativa y Federalismo, así como entre Estado soberano y Estado de Derecho.

La situación del contencioso administrativo, esto es, de la regulación de los pleitos judiciales con la Administración Pública, se da en un contexto político, económico, social y jurídico. Veamos el recientísimo caso *West Virginia v. Environmental Protection Agency -EPA-* (30.6.2022) suscitado en el Tribunal Supremo de Justicia estadounidense, en el marco del debate sobre el Estado Administrativo<sup>3</sup>. Ya se sabe que una mayoría (6-3) de los miembros de dicho tribunal está a favor de desmontar la lógica de unos precedentes que previamente consagraron casi absoluta deferencia ("*Deferencia Chevron*", como veremos más adelante) hacia los dictados de las agencias administrativas federales, no sólo en materia de hechos, sino incluso sobre los alcances y límites

---

<sup>3</sup> Cfr. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-62011019>,  
<https://www.independentespanol.com/noticias/usa-clima-corte-epa-suprema-b2113069.html>

de las competencias de dichas agencias. Esa deferencia es la misma que tenemos en el sistema europeo continental a través del tratamiento como *acto administrativo*, esto es, de acto jurídico ejecutivo y ejecutorio, de cualquier manifestación de voluntad de la Administración Pública; de la asunción de un principio *favor acti*, o una supuesta presunción de legalidad y legitimidad de dicho acto administrativo con el objeto de preservar su validez y vigencia; con doctrinas sobre los límites para controlar el ejercicio de potestades discrecionales o sobre el carácter excepcional de las medidas cautelares; o mediante el postulado de la inembargabilidad de los bienes públicos para, así, hacer inejecutables en la práctica las sentencias favorables a los particulares administrados.

En el caso de *West Virginia v. EPA*, el Tribunal Supremo dio un golpe certero al Estado Administrativo al señalar que la agencia en cuestión (la Agencia de Protección del Ambiente) no podía dictar la regulación específica sobre calidad del aire, dado que no contaba con suficiente habilitación legislativa del Congreso para tal fin. Con ello se da mucha mayor concreción al requerimiento de un *principio inteligible*, o *principio discernible* a partir del cual debe producirse la regulación y desmonta uno de los presupuestos del Estado Administrativo contemporáneo: que para producir decisiones gubernativas legítimas basta con que éstas sean generadas por parte de los técnicos y expertos de la Administración, quienes vendrían a ser los verdaderos conocedores del estado de la ciencia y de la técnica en la sociedad actual, a diferencia de los legisladores y jueces, quienes sólo siguen una lógica política "*formal*", y de los propios técnicos de las empresas y de la sociedad civil, quienes sólo servirían a intereses particulares.

La decisión del Tribunal Supremo, a mi juicio, reposiciona al Estado de Derecho como principio cardinal, en especial, en lo atinente a la separación de poderes y a la garantía de los derechos a la libertad económica y a la propiedad privada. No hace falta entrar en consideraciones de contenido, sobre la idoneidad y la pertinencia de la regulación en materia de calidad del aire, o si tal regulación era la apropiada para obtener los resultados del actual gobierno del Partido Demócrata en materia de lucha contra el cambio climático antropogénico. Sólo bastaba ver si la EPA contaba en verdad con un *principio discernible*, otorgado

previamente por el Congreso, para regular dicha materia a nivel federal. Esta sentencia muestra, además, que el debate sobre el Estado Administrativo no es una forma de “*lucha agónica*”, o “*lucha entre el bien y el mal*”. La mayoría sentenciadora no “*eliminó*”, ni “*erradicó*” al Estado Administrativo, sino que lo puso dentro de los límites del Liberalismo: Estado de Derecho (plano político y legal) y Estado Mínimo (plano económico).

Volvamos a la introducción de la segunda parte del trabajo, luego del excursus -a mi juicio importante- sobre el reciente fallo *West Virginia v. EPA*. Es importante analizar este debate sobre el *Administrative State*, para ver cómo se sitúa el Derecho Administrativo en general, y cómo lucen las instituciones jurídico administrativas españolas a la luz de dicho debate. He querido mostrar la deriva filosófica de tal debate, pues, corroborando mi intuición, en estos temas se puede bien empezar a discutir sobre una amplitud de cuestiones (*vgr.* el cambio climático, las regulaciones para mejorar la calidad del aire, erradicar los gases de efecto invernadero o cumplir las metas fijadas por los distintos países para los años 2030 y 2050, producto del Acuerdo de París), pero terminaremos discutiendo sobre si el modelo regulatorio de un país es respetuoso o no con la libertad individual, si respeta la separación de poderes y los derechos fundamentales de las personas.

El debate sobre el Estado Administrativo muestra no sólo cómo los defensores maximalistas de aquél tienen parcial o total desdén hacia el Estado de Derecho y/o hacia la economía de mercado, sino que, incluso, quienes, alternativamente, proponen una visión histórica del fenómeno lo hacen en defensa de la libertad individual. Sin ser reduccionistas o simplificadores, pareciera que no es posible situarse en este debate sin una concepción sobre la libertad individual. Incluso, en términos generales y no sólo con relación a la realidad estadounidense, parece que ello es así. Por eso, por su alcance general, este debate jurídico y filosófico, a nuestro juicio, resulta útil para analizar y comprender mejor la situación de las instituciones españolas y de otros países.

La democracia española (1978) es más joven que la democracia venezolana (1961-1998), lugar de donde yo vengo. Cuando estudiábamos las obras de



Entrena Cuesta, Garrido Falla, García de Enterría, González Pérez, Nieto, Parada o Parejo, se nos decía que “*España tenía Estado de Derecho, pero no tenía democracia*”. Y ello parecía cierto, precisamente, por obra del Derecho Administrativo, el cual logró un desarrollo descollante desde la mitad del siglo XX<sup>4</sup>. Las leyes administrativas, su interpretación por parte de los tribunales de justicia y la enseñanza y divulgación del Derecho Administrativo en España consolidaron una tradición dentro del Derecho Público, que luego se plasmó en la Constitución Española de 1978 y su posterior desarrollo legislativo.

Ahora bien: ¿Por qué se da esa sensación de poco progreso, o de estancamiento de las instituciones jurídico administrativas? Es como si no se hubiese dado pleno desarrollo a las instituciones constitucionales y democráticas. En particular: ¿Cómo es posible que, con la constitucionalización y democratización de España, los juicios frente a la Administración Pública sigan siendo, en esencia, los mismos que con los presupuestos del régimen político anterior? La hipótesis de la cual parto en el presente trabajo es que, en España, dichas instituciones -sobre todo las expresivas de las prerrogativas regias del Antiguo Régimen Absolutista- han tenido manifestación constante, en el sentido que da Tocqueville a la “*continuidad histórica*” entre el Antiguo Régimen Absolutista y los regímenes actuales basados en la soberanía popular. Especialmente, las prerrogativas subsisten porque no se les contrasta directamente con el valor de la libertad, sino que se les ubica, en una especie de plano “*estratégico*”, como si fuese posible instaurar y sostener un Estado democrático de Derecho, administrado con criterios burocráticos y autocráticos.

---

<sup>4</sup> Particularmente, siempre me ha impresionado mucho que, en el marco de un régimen autoritario, autores como Eduardo García de Enterría desarrollasen con tanta solvencia instituciones tales como la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial del Estado (en el caso de García de Enterría, a partir de un único principio de indemnidad patrimonial de los particulares). Más allá del obvio mérito académico, veo en ello el triunfo de la civilidad y de los valores occidentales, sobre los permanentes intentos de imposición, incluso violenta, de la autoridad estatal. Específicamente sobre la concepción de García de Enterría en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y los ataques y críticas al “*sistema objetivo*” español, publiqué el siguiente artículo científico: ARIAS CASTILLO, Tomás A. *¿García de Enterría 2000 vs. García de Enterría 1954? El debate sobre el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración en España.* /En/ Revista de Derecho Público, Núm. 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, p. 7-20.

Por tal razón -y con la mayor humildad- considero que es pertinente y útil estudiar en España debates como los del *Administrative State* de los Estados Unidos de América, con el fin de problematizar más la relación entre Administración y Libertad. ¿Los resultados? Difícilmente podríamos profetizar siquiera sobre ello, pero la anchura de miras siempre ha enriquecido el planteamiento y el análisis del Derecho, incluso del Derecho Público, siempre tan influenciado por las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país. En el caso de la institución específica del contencioso administrativo, me resulta iluminador ver lo sucedido en los Estados Unidos: un país con amplia cultura sobre los litigios judiciales y con un alto valor sobre la función de abogados y jueces, donde irrumpió una tradición distinta -y hasta contraria- con la introducción de agencias reguladoras que recibieron deferencia judicial (la típica que da el contencioso administrativo en la realidad europeo continental) y que ahora debaten esa situación, quizás con miras a restaurar, así sea parcialmente, la tradición judicial del *Common Law*.

Quizás en España, si se debate a fondo, si el contencioso administrativo es un auténtico proceso judicial, y si resulta plenamente respetuoso de postulados constitucionales como los de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española de 1978), tal y como en Estados Unidos de América se debate a profundidad sobre el Estado Administrativo, no sólo el contencioso administrativo, sino las demás instituciones del Derecho Administrativo avancen, progresen, un poco más. Y ésa, en el fondo, es mi intención con el presente trabajo.

## **PRIMERA PARTE. ALGUNAS IDEAS-FUERZA SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO LIBERAL**

### **I.- LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

#### **1.- La Administración Pública como Persona Jurídica**

En Derecho es común construir ficciones. Se trata de un procedimiento para desligarse deliberadamente de la realidad, sea creando *ex nihilo* cosas que no existen, o negándole existencia a cosas que sí existen. La *mayoría de edad*, por ejemplo, no existe como tal en el mundo sensible a la experiencia, sino que es

un constructo –un invento, *una ficción*- útil para computar el momento a partir del cual tenemos capacidad y responsabilidad sobre los hechos y actos jurídicos en los que participamos. Otra ficción importante para el Derecho es la **personalidad jurídica**, vale decir, la cualidad de ser persona en el mundo jurídico, que, como sabemos, no llega sólo hasta el ser humano –la persona *natural*- sino que se extiende hasta seres ficticios, no corpóreos, creados sólo mediante el lenguaje. En el caso del derecho privado, estas *personas jurídicas* son una respuesta frente al carácter cooperativo de los individuos, los cuales participan voluntariamente en un mundo de relaciones interpersonales que se formaliza en sociedades y asociaciones del más diverso propósito. Allí, la función del Derecho no es sino reconocer esa realidad preexistente y darle un grado de concreción y predictibilidad. En el campo del Derecho Público, por el contrario, las personas jurídicas son creadas verdaderamente *ex nihilo*, normalmente por una decisión política que, por más legitimidad, no deja de ser una imposición sobre la normal marcha de la sociedad.

En este sentido, resulta curioso cómo el Derecho Administrativo contemporáneo (García de Enterría, *et. al.*) no deje de celebrar como su mayor logro haber llegado al punto en el que se haya reconocido a la Administración Pública como *persona jurídica*. Se entiende el razonamiento: al ser persona jurídica la Administración Pública se le convierte en un *centro de imputación* y, en consecuencia, sus actos, omisiones, hechos ilícitos, actuaciones materiales, etc., pueden ser enjuiciados desde el punto de vista legal (*v.g.* como las actuaciones de la Administración Pública tienen efectos legales, un juez podría conocer de alguna acción por haber menoscabado aquélla el derecho subjetivo de un particular).

Pero surge la duda fundamental: *¿Cuál ha sido el beneficio tangible de emplear la ficción de la personalidad jurídica para la Administración Pública?* Una persona jurídica de derecho privado, al final, responde al interés de las personas –de carne y hueso- que participan en ella. El interés de esa persona jurídica no es sino el interés de sus socios, para decirlo claramente. *¿Con qué fin se personifica a la Administración Pública?* Para servir al *interés general*, se nos dice. Las constituciones –*e.g.*, la Constitución Española- señalan esto de “*servir con*

*objetividad al interés general*". La verdad es que tal interés general no existe o, al menos, las autoridades del Derecho Administrativo (legisladores, funcionarios, jueces, profesores) no han sido capaces en más de dos siglos de decirnos en qué consiste realmente. Por la regulación propia del Derecho Administrativo, llena de privilegios para la Administración, pareciera que, en todo caso, la personalidad jurídica de la Administración Pública y el supuesto interés general a favor del cual opera aquélla, no es sino el interés de los funcionarios públicos, consistente en que sus actuaciones cuenten con respaldo y se mantengan no obstante cuánta oposición exista frente a tales actuaciones. Si es así –y lo parece- nada nuevo hay que no hayamos conocido antes del surgimiento del Derecho Administrativo. Más allá de las declaraciones de derechos, leyes de procedimiento y otras imposturas, los poderosos –ahora bajo la forma contemporánea de un ejército de funcionarios públicos- pueden imponer sus caprichos frente a la sociedad, hacer llamar a eso *derecho* (Derecho *Administrativo*, en este caso) y hacerlo valer como el fundamento de sus ejecutorías.

## **2.- Sobre la Visión “Sincrética” del Derecho Administrativo (“Equilibrio entre Prerrogativas y Derechos”).**

Se afirma también que el Derecho Administrativo consagra un “*punto medio*” entre las prerrogativas de la Administración Pública y los derechos subjetivos de los particulares. ¿Cómo es esto posible? Las prerrogativas provienen del antiguo régimen absolutista y eran mecanismos alternativos al derecho, mediante los cuales el monarca obligaba a sus súbditos no mediante una ley del parlamento, o a través del proceso judicial, sino por medio de edictos: *(i) extra-legales*, esto es, paralelas al proceso legal llevado a cabo mediante el parlamento y los tribunales de justicia; *(ii) supra-legales*, en el sentido de que los reyes esperaban deferencia ante tales edictos por parte de los jueces; y *(iii) consolidados*, pues el ejercicio de las prerrogativas suponía –y supone aún hoy- el ejercicio concentrado de las funciones estatales.

Así como es lógico preguntarse cómo un súbdito europeo de mediados del siglo XVIII podía haberse defendido frente al ejercicio de la prerrogativa monárquica (si era una práctica *extra-legal*, *supra-legal* y *consolidada*), hoy cabe la misma

exacta pregunta respecto de nuestras robustecidas burocracias contemporáneas, a quienes los administrativistas les atribuyen casi idénticas prerrogativas que a los reyes del antiguo régimen. Difícilmente puede hacerse valer hoy un derecho subjetivo –e.g. la propiedad privada, la libertad económica, la libertad de expresión, la libertad de culto, la libertad de circulación- si se permite al poder público actuar mediante prerrogativas. Ese “punto medio” no existe. Lo que plantea el Derecho Administrativo es una justificación “legal” de la prerrogativa, lo cual es un oxímoron.

### **3.- El Derecho Administrativo y su (Falta de) Perspectiva Histórica**

En consonancia con lo anterior, importante es traer a colación que el Derecho Administrativo, especialmente el de origen francés e influencia francesa, se ufana de representar una revolución institucional inexistente. Alexander de TOCQUEVILLE tuvo mucha razón al defender enfáticamente la tesis de la continuidad histórica, frente a la más popular y difundida tesis de la *ruptura revolucionaria*. Si el Derecho Administrativo es un producto “revolucionario” sólo lo es nominal y propagandísticamente, pues sus instituciones son –todas- provenientes del absolutismo del antiguo régimen y están basadas, como hemos dicho, en la práctica de la prerrogativa.

¿Cómo pueden, entonces, los profesores y jueces muy democráticos de hoy en día, defender con tanta pasión el Derecho Administrativo? ¿No se han dado cuenta del grueso detalle de que el Derecho Administrativo no consagra instituciones democráticas, sino autocráticas? ¿No nos habremos percatado los administrativistas de que en la disciplina que cultivamos hay una exaltación permanente hacia la rama ejecutiva, la más tradicionalmente peligrosa de todas? ¿Tampoco habremos notado los cultivadores del Derecho Administrativo de que las leyes administrativas no son sino permanentes delegaciones al Ejecutivo, que muy poco recato tiene en expandir permanentemente el ámbito de sus facultades y competencias, o de hacer de la interpretación de dichas leyes un continuo ejercicio de negación de los derechos y libertades de las personas? ¿Será que reconocemos finalmente, que existe dentro del Derecho Administrativo una clara corriente antiliberal y antidemocrática?

#### 4.- Constitucionalismo y Derecho Administrativo

Particularmente desde la postguerra, en lo relativo al derecho interno de los países, “*la Constitución*” es el lugar común permanente (en el ámbito internacional, lo serían “*los derechos humanos*”). Todo trata de llevarse al discurso constitucional, incluidos, por supuesto, los temas del Derecho Administrativo. Frente a ello es legítimo preguntarse: ¿Existe eso de un Derecho Administrativo *Constitucional*? La primera respuesta –la del “*Estado liberal decimonónico*”, nos dirán los administrativistas- la proporcionó el jurista británico Albert Venn Dicey: el paradigma del Estado de Derecho, propio del constitucionalismo, es totalmente contradictorio con el del régimen administrativo. Ello es así, porque principios tales como la separación de poderes, el principio de legalidad o la supremacía de los derechos individuales, no pueden ponerse en práctica si, a su vez, se prevé la existencia de una burocracia llena de prerrogativas (extra-legales, supra-legales y consolidadas). La segunda respuesta la intitulamos como un conocido libro de Manuel García-Pelayo: “*Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*”. Así, se nos afirma que han ocurrido cambios irrevocables en la dinámica de la sociedad –algo sinceramente difícil de creer o aceptar, por su sola formulación- que hacen necesario un orden estatal proactivo y no meramente reactivo, y que ayude a configurar la realidad social, y no se conforme con ser un mero espectador de ésta. Lo anterior equivale a decir que, luego de haberse “*superado el Estado liberal decimonónico*”, no hay razones para mantener las otrora restricciones sobre el poder estatal y, por el contrario, existen muchas razones sustantivas para otorgar “*títulos habilitantes*” a los funcionarios para meterse donde antes no lo hacían.

Esta segunda respuesta tiene evidentes problemas de orden legal, precisamente constitucional, ya que una Constitución sin un planteamiento claro sobre la limitación del poder, pierde el propósito para el cual fue inicialmente redactada. Que hayan existido intentos –tal y como ocurre con la cláusula del *Estado Social*- de administrar el intervencionismo estatal con los límites constitucionales, no significa que hayan sido muy exitosos, particularmente en lo relacionado con la aludida limitación del poder. Más aún, esta segunda respuesta parece incluir la inaceptable condición de que, en caso de colisión entre el intervencionismo

estatal y los límites constitucionales, deba prevalecer el primero frente a los segundos.

## **5.- La Confusión Derecho-Justicia en el Derecho Administrativo Contemporáneo**

Ser y deber ser son categorías analíticas importantes. Una cosa realmente existe si produce consecuencias en el mundo real, y para determinar si esa cosa existe basta una descripción lo más objetiva posible. Por el contrario, si una cosa debe ser o no debe ser, depende de la concepción que tengamos del mundo, de nuestras aspiraciones y del contenido que le demos a determinados valores (libertad, igualdad, justicia, etc.). La Administración contemporánea (este *Estado Administrativo*), en su afán por intervenir más la sociedad, en su pretensión abarcadora de cuanto tema o problema exista, y en su interés de terminar con la distinción entre lo público y lo privado, va copando espacios de la política sustantiva llevada a cabo en los parlamentos conforme al principio representativo, así como arrojando a la justicia como imparcialidad, que es desarrollada normalmente por los tribunales. Por su parte, el Derecho Administrativo contemporáneo trata de recoger esta realidad, esta expansión de lo administrativo, y lo hace de dos formas típicas: (i) describiendo como “*derecho*” cualquier criterio –cambiante, por cierto- que asuma la Administración Pública; y (ii) justificando el accionar de la Administración, al fundarlo en principios tales como la eficacia, la eficiencia, la celeridad y, sobre todo, la *justicia*.

Hay mucho de auto-referente en el concepto de derecho manejado por el Derecho Administrativo, pues vendría a ser algo así como *cualquier declaración emanada de la Administración Pública que cree, modifique o extinga una relación jurídica, conforme a criterios que deben ser respetados por el parlamento como por los jueces, así como acatados por los particulares, dado que la Administración Pública, en nuestro Estado Administrativo contemporáneo, es a quien compete establecer –conforme a los principios más elevados de nuestro ordenamiento- qué es el interés general y cuál es la justa medida de la intervención estatal en la vida de las personas. También hay mucha auto-indulgencia de los administrativistas: ¿Cómo y por qué nos sentimos tan confiados en poder determinar tan peliagudas cuestiones?*

## II.- DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

### 1.- La Distinción entre Sociedad Civil y Estado

El Derecho Administrativo contemporáneo no acepta –al menos de buena gana– la distinción entre sociedad civil y Estado. Para ello, les ha sido muy útil aceptar acrítica e ideológicamente la cláusula de *Estado Social*, como supuesta superación del Estado Liberal o, incluso, más directamente, del liberalismo como corriente del pensamiento aplicable hoy en día. *¿Qué clase de responsabilidad debe asumir la Administración Pública, y frente a quién debe asumirla, si no hay distinción entre Estado y sociedad?* La cuestión, sin duda, va más allá de lo antiliberal que puedan ser los administrativistas.

La buena marcha de la economía depende de que el sector público comprenda su rol, no intente sobrepasarlo, y sobre todo permita un clima propicio para los acuerdos voluntarios de las personas, siendo dichos acuerdos los que traen prosperidad a las naciones. *Las instituciones manejadas por el sector público (e.g. la justicia, el sufragio universal, directo y secreto, el parlamento, la ejecución de las leyes) están subordinadas a la buena marcha de un orden económico que es principalmente espontáneo, sin planificación, pero no por ello anárquico.* En tal sentido, es necesario desideologizar la intervención administrativa, darle un cariz genuinamente utilitarista y ponerlo al servicio de la sociedad. Ésta, la sociedad, no se erige sobre la base de mandatos, edictos y órdenes, como sí lo hace la burocracia. La distinción entre Estado y sociedad es útil justamente para hacerlos conscientes de ello.

### 2.- Derechos Sociales y Administración Prestacional

Un corolario de la cláusula de Estado Social son los llamados *derechos sociales* (a la educación, a la protección de la salud, a la vivienda, al trabajo, a la protección social y a la alimentación). Dichos derechos son entendidos en la versión estándar del Derecho Administrativo contemporáneo como *derechos prestacionales*, vale decir, requirentes de *prestaciones de hacer* –y no de *prestaciones de no hacer*, como en el caso de los derechos clásicos de libertad– por parte del sector público y de la Administración en particular. ¿Significa todo esto que la Administración Pública debe proporcionar de forma permanente salud, educación, vivienda, alimentación, empleo y seguridad social? En este



punto, importante es recordar que no todos los derechos constitucionales operan de la misma manera, por la sencilla razón de que no pueden hacerlo. ¿Qué puede hacer un juez, por ejemplo, si un ciudadano le plantea que no tiene trabajo, vivienda o alimento? ¿Ordenar que le den trabajo, vivienda o alimento? La respuesta, por fuerza de la razón, sólo puede ser negativa. Por ese motivo, bajo la Constitución Española los derechos sociales no son considerados derechos fundamentales, sino principios rectores de la vida económica y social, lo cual viene a decir que todo gobierno, no obstante su integración u orientación, debe tener una política económica y social tendiente a asegurar a todas las personas una vida digna. Ello, tal y como ocurre con los jueces, no significa que la Administración Pública deba proveer salud, educación, vivienda, alimentación, empleo y seguridad social, sino que debe aplicar políticas efectivas para que las personas puedan satisfacer esas necesidades básicas.

Volviendo al punto anterior sobre la distinción entre el Estado y la sociedad civil, es importante recordar que es en el marco de los intercambios voluntarios, propios de la sociedad civil, que las personas logramos prosperar, mejorar nuestro entorno material y, en general, satisfacer nuestras necesidades. Si a mayor intervención del sector público, hubiese mayor satisfacción de las necesidades, los estados comunistas –los del socialismo real y los que cayeron bajo las garras del *Socialismo del Siglo XXI* en Iberoamérica- habrían sido los campeones en proporcionar mayor calidad de vida a sus ciudadanos. Nada más alejado de la evidencia empírica.

### **3.- La Administración Pública debe Concurrir en Igualdad Frente a los Particulares**

Como el Derecho Administrativo da cobertura legal a las prerrogativas del antiguo régimen absolutista, y la Administración Pública contemporánea quiere incluso gestionar actividades con contenido económico (basándose para ello en la cláusula de Estado social y en los derechos sociales como *derechos prestacionales*), pretende llevar sus prerrogativas al campo de la economía, esto es, *quiere relacionarse con los agentes económicos –demandantes y oferentes- como si fuese un monarca del siglo XVIII.*

Desde el punto de vista de la actividad unilateral, aquí la Administración despliega una panoplia de técnicas para supervisar, controlar y muchas veces asfixiar el proceso económico mediante regulaciones, procedimientos sancionatorios o ablatorios, controles, inspecciones, autorizaciones, reservas de actividades, declaratorias de servicio público, de interés público o de interés general y expropiaciones, para mencionar las más notorias. Todas estas técnicas están basadas en una desigualdad formal entre la Administración (*potentior personae*, se nos dice) y los particulares. En un mundo tan dinámico como el que describen los administrativistas, es completamente irracional que un solo sujeto, una sola persona, la Administración Pública, pueda ejercer estas potestades tan amplias, sin especificar con claridad las condiciones –siempre excepcionales, se supone- bajo las cuales habrá de hacerlo. *Si el Derecho Administrativo es tan moderno y responde tanto a los avances de la sociedad, debería admitir la plena posibilidad de que estas funciones se sustituyan progresivamente por acuerdos voluntarios y que sólo sea la excepción última el uso de la amenaza y la coacción estatales.*

Desde el prisma de la llamada actividad bilateral, como sabemos, la estrella fulgurante es el *contrato administrativo*. Esta figura de nuevo coloca a la Administración como *potentior personae* en un supuesto marco contractual. ¿Qué sentido tiene acudir a la figura del contrato si, finalmente, lo que se quiere es que los funcionarios públicos puedan variar unilateral y sobrevenidamente las condiciones de dichos contratos? ¿Es eso un contrato? Si la Administración Pública desea contratar como una persona jurídica debe hacerlo como eso, y no como un funcionario que le da órdenes a sus subalternos. En todo este marco de intervención en la economía, de interacción con la sociedad, a la Administración Pública debe aplicársele la estricta igualdad ante la ley.

#### **4.- La Privatización en Materia de Gestión**

Si bien los mercados no son omnipotentes, ni una panacea frente a cualquier asunto humano, al menos sabemos que son más eficientes que los gobiernos para proveer bienes y servicios en principio inexistentes o, al menos, escasos. Por eso, los liberales son defensores del principio de subsidiariedad y sólo cuando el mercado no provee en forma y cantidad suficiente un bien o un

servicio, encuentran justificado que el sector público ingrese en una determinada actividad (y se retire, luego de que el sector privado haya llegado). Hay una razón muy importante para esto, además, y es el uso de los recursos públicos, provenientes de exacciones forzosas a los particulares, y que no deben emplearse para actividades donde esté presente el riesgo empresarial.

En los casos donde el sector público decide entrar a gestionar una actividad económica e, incluso, frente a actividades reservadas a la titularidad del sector público, los liberales también defienden la privatización, esto es, que sean particulares quienes realicen la gestión, por las anotadas razones de eficiencia.

### **5.- Es Necesario Detener la Expansión del Sector Público y Cortar el Círculo Vicioso Policía-Regulación-Gestión Pública**

El péndulo entre regulación y desregulación se mueve así: (i) el gobierno y la Administración Pública detectan *fallos de mercado* (monopolios, competencia imperfecta, asimetrías de información, inestabilidad de los ciclos económicos, externalidades, bienes públicos, desigual distribución de la renta) y, en orden gradual, entran a supervisar, regular (lo cual incluye disciplinar y sancionar) o directamente a gestionar la economía; (ii) las medidas tienen un efecto positivo aparente y, a corto plazo, se ven favorecidas por la opinión de la gente; (iii) comienza la ineficiencia en la asignación de recursos y el gigantismo, propio de la gestión burocrática frente a la gestión empresarial; (iv) vienen males mayores para la economía, tales como desinversión, fuga de capitales, paro, escasez, inflación e inestabilidad política; (v) los gobernantes y los órganos y entes de la Administración –el Ejecutivo- intentan infructuosamente modificar la política regulatoria, y cambian a los titulares de los cargos públicos; (vi) la gente se hastía y viene el cambio político; (vii) se quitan las regulaciones antes consideradas necesarias y esenciales; (viii) el sector privado se fortalece y la economía se recupera; y (ix) se vuelve al punto de inicio.

Según el pensamiento y las prácticas liberales, la única forma de impedir este círculo vicioso es deteniendo a tiempo la expansión gubernamental, mediante restricciones al gasto público, al endeudamiento, al poder de los gobiernos de gravar a sus ciudadanos y a crear dinero inorgánico-inflacionario. Asimismo, es

necesario limitar al máximo los mecanismos heteronormativos propios del Derecho Administrativo Económico, aplicar la igualdad ante la ley a la Administración Pública, impedir legalmente las nacionalizaciones y defender la propiedad privada en toda su extensión. De nuevo, se trata de respetar la separación entre Estado y sociedad civil, no sobrepasar las funciones del sector público en la economía y crear un marco jurídico que permita interacciones voluntarias entre las personas. Las crisis económicas –la Gran Depresión, la crisis financiera de 2008- proporcionan el punto (i) arriba descrito y son el “*parque de atracciones*” (*field day*, como suele decirse en inglés) de los creadores de burocracia y gigantismo gubernamental. En momentos de crisis, es función de la economía, de la política y del derecho brindar racionalidad y, así, no tener que pasar sino por los puntos (vii) y (viii). *Los delirios de planificadores y burócratas resultan muy costosos en vidas humanas y nada efectivos para las supuestas bondades que dicen traer consigo.*

### **III.- LAS GARANTÍAS DE LOS PARTICULARES FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

#### **1.- Los Órganos y Agencias Administrativas Irrespetan los Derechos Individuales**

*A través del Derecho Administrativo se intentan imponer instituciones jurídicas paralelas, todo en afán de justificar la posición política, económica y legal de la Administración Pública.* Así, el acto jurídico se vuelve *acto administrativo* (unilateralmente ejecutivo y ejecutorio), el contrato “*de toda la vida*” se convierte en *contrato administrativo* (con su famoso *ius variandi* a favor de la Administración) y el proceso ordinario se desdobra en *procedimiento administrativo* (inquisitorio, tanto en primer grado, o *constitutivo*, como en segundo grado, o *revisor*) y en *contencioso administrativo* (proceso judicial con menores garantías y donde se le asegura deferencia a la Administración y su *expediente administrativo*).

Es el caso que, en sede administrativa, el llamado procedimiento administrativo resulta en una burla a los derechos individuales, pues: (i) la Administración es jueza en su propia causa, esto es, no hay imparcialidad; (ii) el mecanismo en sí es inquisitorio, vale decir, no está regido por el principio contradictorio, sino que

la Administración tiene libertad para “*ir buscando la verdad*”; (iii) no hay preclusión y, por tanto, la Administración, en medio del procedimiento, puede hacer reposiciones, emitir órdenes para mejor proveer, etc.; (iv) no hay cosa juzgada y, en consecuencia, la Administración puede abrir un nuevo procedimiento, o incluso reabrir el procedimiento inicial, en desmedro de la situación jurídica del particular. En síntesis, no hay debido proceso, ni puede lógicamente haberlo por el punto (i). Si ello es así, en la actuación medianamente formalizada del *procedimiento administrativo*, no digamos ya en las actuaciones materiales u *off the record*. Éstas últimas también afectan la vida, la libertad y la propiedad de las personas y ni siquiera cuentan con la pretendida objetividad del procedimiento administrativo.

Pero, volviendo al procedimiento, su resultado normal es un **acto administrativo**, el cual, aparte de haberse producido en ese contexto institucional tan poco garantista, es un título ejecutivo –no requiere pase judicial- y ejecutorio, esto es, impuesto materialmente en sus efectos incluso con nuestra objeción y resistencia. Dicho llanamente, los órganos y las agencias administrativas, por su propia configuración con prerrogativas y poderes concentrados (dictan regulaciones, las imponen coactivamente y hasta resuelven controversias entre particulares), violan impunemente los derechos individuales.

## **2.- La Autotutela Administrativa Ha de Ser la Excepción y Nunca la Regla**

La existencia de procedimientos y actos administrativos es el producto de la aplicación del principio cardinal del Derecho Administrativo: ***el principio de autotutela***, conforme al cual, la Administración Pública satisface por sí misma sus pretensiones en derecho y no tiene el deber de acudir ante un juez para hacerlas valer. Por eso, si la Administración quiere multarnos, embargarnos, retener nuestra propiedad, ordenar la demolición de un inmueble ajeno, entre miles de etcétera, lo hace ella misma, directamente. El principio de autotutela viene a consagrar, básicamente, un estado de agresión potencial o real, pero permanente por parte del sector público hacia los particulares. A diferencia de éstos, quienes no pueden hacerse justicia por su propia mano, la Administración sí lo hace, miles de veces, a diario.

Si el Derecho Administrativo contemporáneo es tan respetuoso de los principios más elevados, debería convertir a la autotutela administrativa en una auténtica excepción y no la regla de la actuación de la burocracia frente a la sociedad a la cual debe servir. Afirmar que el ejercicio de la autotutela puede corregirse o matizarse luego, sea con un eventual e improbable proceso judicial, o con una reposición o alzada en sede administrativa, es una gran irresponsabilidad.

### **3.- No Existe Justificación para la Existencia Separada del Contencioso Administrativo**

Un asunto que diferencia al régimen administrativo del *rule of law* –si no el más esencial- es la consuetudinaria defensa en el continente europeo de la necesidad de unos tribunales diferentes –el contencioso administrativo- para juzgar a la Administración Pública, mientras que en Gran Bretaña sólo existe un orden jurisdiccional, igual para todos.

*¿Por qué esta insistencia?* Porque en el contencioso administrativo, la Administración Pública pretende ser tratada con deferencia: deferencia hacia su expediente administrativo, hacia las premisas fácticas de su razonamiento, la interpretación que hizo de la ley, el ejercicio que realizó de su discrecionalidad, así como frente a los comunes y graves vicios de su accionar. Si lo anterior fuese poco, los jueces contencioso administrativos suelen manejarse con un sistema cerrado de recursos (y no uno amplio de pretensiones declarativas, constitutivas, de condena, del pago de sumas de dinero), y tienen importantes restricciones a la hora de decretar medidas cautelares o –peor aún- ejecutar sus fallos contra la Administración. ¿Se le puede llamar “derecho” o “proceso” a algo similar? ¿Cómo llegó el proceso judicial a contaminarse con los dogmas y prerrogativas del Derecho Administrativo? *¿Podremos finalmente juzgar a la Administración sin privilegios odiosos o estamos resignados a mantener esta separación entre justicia ordinaria y contencioso administrativo?*

### **4.- Los Jueces Deben Tener los Mismos Poderes para Juzgar y Ejecutar lo Juzgado, Independientemente de Quienes Sean las Partes en Juicio**

En íntima conexión con lo anterior, un juez, para ser tal, tiene que poder juzgar y ejecutar lo juzgado, con independencia de si la parte perdedora es la

Administración Pública. Aquí existe una evidente intromisión del Derecho Administrativo que daña a la justicia y, en particular, a su imparcialidad. Si la Administración obtiene recursos, asume competencias e interviene en la sociedad, debe asumir los costos de sus litigios. Doctrinas tales como las de la ***inembargabilidad de los bienes públicos*** resultan mucho más costosas en términos de inseguridad jurídica y falta de competitividad de los países, que el patrimonio supuestamente resguardado para el uso de sus burócratas. Una justicia que trata de forma benévola a los funcionarios públicos que obran mal y causan daños a terceros, perpetúa un enorme desajuste institucional y termina justificando una ética pública completamente distorsionada o, incluso, corrompida.

#### **5.- La Doctrina sobre la Deferencia Judicial Hacia la Administración Pública Convierte al Derecho en Plastilina**

Si un juez conoce un caso *ex novo*, debe ser consistente y establecer *ex novo* la premisa fáctica de su razonamiento, así como debe tener absoluta independencia para proporcionar la correcta interpretación de las distintas fuentes aplicables en juicio. Tomar como *hechos* en el proceso los establecidos unilateralmente por la Administración en su expediente administrativo va en contra del principio contradictorio, de la libertad del particular de alegar y probar en juicio (en síntesis, del debido proceso), y representa una ilícita ventaja para la Administración Pública, que desnaturaliza la función judicial. Tanto peor resulta la deferencia en cuanto a interpretación de textos legales, dado que en un sistema jurídico cualquiera es función indeclinable de los jueces tener la última palabra sobre lo que el Derecho es. *Permitirle a la Administración Pública decir qué es el derecho significa autorizarle –ahora en sede judicial- a ser juez en su propia causa.*

## SEGUNDA PARTE. EL DEBATE SOBRE EL *ADMINISTRATIVE STATE* EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA SITUACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA

### I.- EL *ADMINISTRATIVE STATE*, O LOS ORÍGENES ANTILIBERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESTADOUNIDENSE

Con el término *Administrative State*, o Estado Administrativo, se denomina en los Estados Unidos de América al conjunto de órganos de la rama ejecutiva que conforman la Administración Pública a nivel federal y, más específicamente, a las agencias independientes que cuentan con poderes concentrados para regular determinados sectores económicos, llevar a cabo labores de *enforcement* -o puesta en aplicación de dichas regulaciones- y asimismo dirimir conflictos entre particulares a través de procedimientos que se asemejan a los procesos judiciales. El término en sí fue acuñado por el politólogo Dwight Waldo en 1948, en su tesis doctoral -y luego libro- *The Administrative State. A Study of the Political Theory of American Public Administration*<sup>5</sup>, obra clave de las Ciencias de la Administración en ese país y en la que su autor hizo un notable esfuerzo por superar la histórica dicotomía entre política y administración o, lo que es lo mismo, entre el arte de gobernar y el arte de gerenciar.

El resultado -como parte del título del libro así lo anuncia- es una teoría que realza el carácter político de la administración pública, la cual, según su autor, es más que la mera ejecutora de las decisiones producidas por el sistema político encarnado por el Congreso y la Presidencia, para pasar a ser uno de los actores clave de la vida institucional estadounidense en la contemporaneidad<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> WALDO, Dwight. *The Administrative State. A Study of the Political Theory of American Public Administration*. Nueva York: The Ronald Press Company, 1948, 227 p. Ver también su traducción al castellano: WALDO, Dwight. *Teoría Política de la Administración Pública. El Estado Administrativo*. Madrid: Tecnos, 1961, 338 p.

<sup>6</sup> En España, el término Estado Administrativo es conocido y, aun cuando hace alusión a la contraposición entre el liberalismo y el intervencionismo, tiene connotaciones distintas: “Se hace necesario, a modo de presentación, advertir que es comúnmente reconocido como ‘Estado Administrativo’ para España, la época que discurre entre 1843 y 1876 (con excepción del período que supuso el Sexenio Revolucionario). Además, la expresión ‘Estado Administrativo’ se utiliza para contraponerla a otro período que se ha denominado ‘Estado Constitucional Liberal’ que abarca los años 1836 a 1843. /Realmente, estas dos expresiones para calificar el Estado, ponen de manifiesto las tensiones de naturaleza constitucional que van a dominar durante todo el Siglo XIX español. Si bien es cierto que ambos Estados son constitucionales, no lo es menos que sus soluciones a los problemas de la vida nacional son completamente diferentes”. Ver: ROSADO



Tanto para los defensores de una presencia más activa de la burocracia, como claramente lo fue Waldo, tanto como para quienes no tienen la misma simpatía hacia el protagonismo de *managers* y técnicos en el gobierno, el planteamiento detrás del *Administrative State* presenta un problema de resolución nada fácil: la Constitución Americana fue dictada a finales del siglo XVIII, cuando prevalecía en el país una economía rural, bastante poco dada al intervencionismo en materia económica y social, y estableció en su breve articulado -en sus primeros tres artículos- un mecanismo de separación de poderes en el que -para resumir las cosas- la función legislativa fue otorgada con exclusividad al parlamento –o *Congreso*- con el propósito de que las políticas nacionales fuesen determinadas por los representantes electos democráticamente (artículo 1); la función de ejecutar tales políticas quedaron bajo responsabilidad del Presidente (artículo 2), con lo cual el gobierno y la administración fueron puestos también bajo el mando de una persona electa (aun cuando indirectamente) por el pueblo; y la función jurisdiccional fue dejada al cuidado de un Tribunal Supremo -o *Corte Suprema*- y demás tribunales establecidos por el Congreso, a cargo de jueces independientes y virtualmente vitalicios.

Como puede fácilmente ser apreciado, la realidad actual de las agencias independientes (vale decir, independientes no sólo del Congreso y de los tribunales de justicia, sino también del propio Presidente como cabeza del Poder Ejecutivo) no sólo no fue prevista en la Constitución propuesta en 1787 por la Convención de Filadelfia, sino que difícilmente puede ser justificada a la luz de su texto pues, como hemos dicho, su puesta en operación ha implicado una concentración de funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, por parte, además, de funcionarios no electos ni responsables ante el pueblo.

Aun cuando existen textos célebres como *El Federalista*<sup>7</sup>, donde pueden apreciarse los debates y las ideas de los llamados “padres fundadores” de la nación norteamericana (Hamilton, Madison y Jay, entre otros), no siempre es

---

PACHECO, Santiago. *El Estado Administrativo en la España del Siglo XIX: Liberalismo e Intervencionismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 9.

<sup>7</sup> HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El federalista (1ª reimp. de la 2ª ed.)*. México: 2004, Fondo de Cultura Económica, 430 p.

fácil conectar las previsiones constitucionales con las corrientes clásicas, modernas y contemporáneas del pensamiento político y económico. Así, por ejemplo, aun cuando sería tentador afirmar que el sistema económico previsto en la Constitución es el liberalismo en su versión de *laissez faire*, esto es, el abstencionismo gubernamental frente al desenvolvimiento del sector privado, ello podría llevarnos a un camino sin salida pues si bien no hay previsión alguna sobre la intervención del Estado en la economía, desde el mismo artículo 1 se prevé que todo el poder legislativo será conferido al Congreso, con lo cual éste bien podría -y vaya si pudo desde finales del siglo XIX- optar por una legislación intervencionista en materia económica y social.

*Mutatis mutandis*, podríamos decir lo mismo respecto del Estado Administrativo y sus agencias independientes, esto es, que aun cuando no fueron incorporadas directamente en la Constitución, son producto de una escogencia política legítima por parte del legislador, no solo para normar aspectos antes no regulados de la vida económica y social (el comercio, la industria, el urbanismo, la educación, la salud, la cultura, entre tantos otros), sino también para hacerlo por medio de nuevas autoridades administrativas alojadas en la rama ejecutiva, pero no subordinadas directamente al Presidente en muchos de los casos, sino sujetas a controles previos, concomitantes y posteriores del Congreso, responsable de su creación<sup>8</sup>.

La cuestión aquí radicaba en si el antiliberalismo de esa nueva política económica y social -que fue ganando ascendencia desde la regulación antitrust de finales del siglo XIX, se consolidó con el *New Deal* posterior a la Gran Depresión y llegó a su cénit con las regulaciones medioambientales de las

---

<sup>8</sup> En realidad, como lo advierte Fareed Zakaria, el nuevo modelo regulatorio vino acompañado del triunfo (hasta ahora definitivo) de la rama ejecutiva, en su permanente pugna con el Congreso por la supremacía política, así como de la expansión de los intereses norteamericanos en el exterior: “Las décadas de 1880 y 1890 marcaron el comienzo del moderno Estado norteamericano, que surgió principalmente para afrontar las presiones internas generadas por la industrialización. Las exigencias de una economía nacional creciente, junto con los fracasos del Congreso por obtener la supremacía, dieron al gobierno federal una estructura más centralizada, menos política y más racional. Y, en su condición de único funcionario elegido nacionalmente, el Presidente emergió con una autoridad fortalecida. Esta transformación de la estructura del Estado complementó el crecimiento continuado del poderío nacional, y antes de promediar la década de 1890, el Poder Ejecutivo ya estaba en condiciones de prescindir del Congreso -o de ejercer presión sobre él- para llevar los intereses norteamericanos al exterior”. Cfr. ZAKARIA, Fareed. *De la Riqueza al Poder. Los Orígenes del Liderazgo Mundial de Estados Unidos (1ª ed.)*. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 23-24.

décadas de 1960 y 1970- podía llevarse a cabo por *medios* antiliberales, como la centralización administrativa, la concentración de funciones, el establecimiento por vía administrativa de límites a la propiedad y a la libertad económica, o la aplicación de sanciones sin el debido proceso previsto en las enmiendas V y XIV, de 1791 y 1868, respectivamente. Y allí, en el terreno del Estado de Derecho si se quiere, estaría por darse una batalla legal que prosigue hasta nuestros días, porque quisieran o no los miembros del movimiento -luego partido- progresivo de finales del siglo XIX, así como los posteriores reformadores de la administración pública que dieron fin al *spoils system*, conforme al cual cada Presidente traía consigo una nueva *administración*, para pasar a conformar una burocracia estable y profesional, lo cierto es que la Constitución impuso límites a la expansión gubernamental con el propósito de prevenir el autoritarismo y garantizar la libertad de los ciudadanos.

Contrario a lo que ocurre en Europa -en Europa continental, para ser más precisos- en Estados Unidos la noción misma de Derecho Administrativo es reciente y la disciplina como tal, referida a las modernas administraciones públicas, sus potestades y límites, muy poco protagonismo tuvo hasta bastante bien entrado el siglo XX. Tomemos en consideración que la batalla legal a la que antes hemos hecho alusión, para determinar la constitucionalidad de la existencia de agencias independientes en el seno de la administración federal, con concentración de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales (o “*cuasi judiciales*”), con el propósito de regular profundamente la propiedad privada y la libertad económica, nos llevó desde la Gran Depresión de 1929 hasta el año 1937, como veremos enseguida.

Como es comúnmente sabido, luego del *crash* bursátil de 1929, el liderazgo político, con el presidente Franklin Delano Roosevelt a la cabeza desde 1933 hasta 1945, optó por una serie de medidas de corte intervencionista conocida como *New Deal*, mediante las cuales el sector público buscaba controlar los resultados del proceso económico, lo cual incluía, entre muchas cuestiones, establecer barreras a la entrada, permanencia y salida de oferentes de bienes y servicios, poner límites a los precios de dichos bienes y servicios, establecer condiciones a las operaciones de fusiones y adquisiciones para evitar la

aparición de monopolios o *trusts*, proteger a los consumidores y usuarios frente a posibles cláusulas abusivas en la contratación masiva por medio de contratos por adhesión, resguardar el salario de los trabajadores mediante el establecimiento de salarios mínimos obligatorios, asegurar condiciones de seguridad, higiene y salud laboral, regular o en su caso prohibir el trabajo de mujeres embarazadas y niños, y asegurar el pleno empleo acudiendo incluso al presupuesto estatal para crear nuevos puestos públicos.

Para lograr tales fines, el *New Deal* recurrió al Derecho Administrativo y, por ende, es en esta época donde los norteamericanos pudieron conocer mejor sobre su existencia, ya que, con anterioridad a ello, muy poco se sabía sobre él, más allá de que era un subproducto de la Revolución Francesa y de la sustitución del antiguo régimen absolutista, que no había tenido cabida en la tradición anglosajona del *Common Law*. La estrategia consistió en introducir en el Congreso lo que se conoció como *enabling laws* o *enabling acts*, esto es, piezas de legislación contentivas de los principios generales que habrían de disciplinar determinados sectores de la economía (pongamos, por ejemplo, las industrias de productos alimenticios y farmacéuticos). Dicha legislación incluía casi siempre la creación de agencias independientes, quienes quedarían a cargo de desarrollar, en detalle, los principios puestos por la legislación habilitante.

La posición inicial del Tribunal Supremo, desde su fallo en el caso *Lochner* (1905), fue de rechazo a las interferencias de los poderes públicos sobre las actividades económicas de los particulares, pues entendía que vulneraban la libertad contractual. Tal rechazo era mayor si dichas interferencias provenían de las autoridades federales, pues ello iba en desmedro de la cláusula de comercio (artículo 1, sección 8, clausula 3) de la Constitución y las competencias de los estados en materia económica, conforme a la enmienda X, de 1791. Así las cosas, el reparto de atribuciones entre el poder federal y el poder de los estados, fue el argumento principal del Tribunal Supremo para declarar la nulidad de legislación habilitante en materia administrativa. Con lo cual llegamos al 27 de mayo de 1935, día en el que el Tribunal Supremo dictó tres sentencias: (i) *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, que anuló una ley en materia hipotecaria; (ii) *Humphrey's Executor v. US*, que anuló la facultad del Presidente

de cesar en sus puestos a los miembros de las agencias independientes; y (iii) *Shechter v. US*, que declaró la nulidad de gran parte de la Ley de Recuperación Industrial de 1933, uno de los pilares del New Deal. En el mismo año de 1935, el Supremo declaró nuevamente la nulidad parcial de la Ley de Recuperación Industrial, en el fallo *Panama Refining Co. et al. v. Ryan et al.*, y para el año de 1936, hizo lo propio con ciertas medidas tributarias en materia agraria (*US v. Butler*) y con la Ley de Defensa del Carbón Bituminoso (*Carter v. Carter Coal Company*)<sup>9</sup>.

En ese mismo año de 1936, el 3 de noviembre, Franklin Delano Roosevelt obtuvo una amplia victoria para un segundo mandato (tuvo cuatro en total, hasta su prematura muerte en 1945, siendo el presidente con más tiempo en el ejercicio del cargo) y, con base en su respaldo político y popular, propuso un plan para cambiar las cosas en el Tribunal Supremo pues, a su juicio, no era posible que un plan de recuperación industrial que contaba con el apoyo en las urnas electorales de más de 130 millones de estadounidenses, fuese descartado por “cinco ancianos” basados en ideas decimonónicas sobre el *Common Law*.

El 5 de febrero de 1937, Roosevelt y sus seguidores anunciaron el proyecto de Ley de Reforma de Procedimientos Judiciales, mediante el cual se proponía adelantar la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo y aumentar su número, de nueve a quince jueces, con lo cual vendría un nombramiento inmediato de seis jueces por parte del propio Roosevelt. El proyecto legislativo, conocido como *Court Packing Plan* (o, plan para empaquetar la Corte), no fue visto con buenos ojos por parte de la opinión pública, y Roosevelt fue mostrado como alguien capaz de modificar a capricho las instituciones, más no obstante ello produjo los resultados esperados y, en 1937, el Tribunal Supremo cambió su línea jurisprudencial y dio luz verde, por fin, al New Deal de Roosevelt: (i) el 29 de marzo, en la sentencia *West Coast Hotel v. Parrish*, avaló constitucionalmente una ley que estableció el salario mínimo para las mujeres;

---

<sup>9</sup> Ver, ampliada con una traducción y un análisis de las sentencias señaladas, la obra siguiente: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos de América (2ª ed.)*. Madrid: CEPC-BOE, 2006, p. 216-260.

(ii) el 12 de abril, igual respaldo constitucional obtuvo la Ley de Relaciones Laborales (*National Labour Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*); y (iii) el 24 de mayo, también pasó el examen de constitucionalidad la norma de la Ley de Seguridad Social que incentivaba la contratación de personas discapacitadas (*Stewart Machine Company v. Davis*). Al final, Roosevelt no sólo hizo que los jueces del Tribunal Supremo dieran su aval al New Deal, sino que también fue el único presidente, salvo Washington entre 1789 y 1796, que pudo nombrar a todos los integrantes de dicho órgano, entre 1937 y 1941<sup>10</sup>.

Salvo un breve pero influyente comentario dejado caer en la sentencia recaída en el caso *US. v. Carolene Products Co.*, de 25 de abril de 1938, sobre la posibilidad de aplicar un control de constitucionalidad más estricto cuando estuviese en juego la igualdad efectiva ante la ley, o casos de subrepresentación política de personas, grupos o asociaciones, puede decirse que el Tribunal Supremo pasó a ser un órgano por regla deferente en lo referido a la constitucionalidad de la legislación administrativa, dando pie a la consolidación del *Administrative State*, del cual se ha llegado a decir que es una cuarta rama del poder público, u otro Estado incluso, dentro de los Estados Unidos de América<sup>11</sup>. En cualquier caso -sea o no considerado un poder bajo el esquema constitucional, sea apreciado o no como un Estado paralelo- la realidad de su dimensión política es la puesta en relieve por Dwight Waldo en su obra, *The Administrative State*, de 1948, y es la que ha dado lugar a un debate, sobre todo político y doctrinal, pero también legal, sobre su adecuación no sólo a la Constitución, sino a las nuevas realidades económicas, políticas y sociales, surgidas particularmente desde mediados de la década de 1970, cuando se quebró, en todo el mundo, el consenso en torno al modelo macroeconómico

---

<sup>10</sup> Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos de América (2ª ed.)*, op. y loc. cit.

<sup>11</sup> La definitiva consolidación, en el plano legal, del Estado Administrativo, aparte del cambio en la actitud del Tribunal Supremo para su recepción, vino dado por la aprobación, después de varios intentos, de una Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), en 1946. Dicho instrumento normativo vino a instituir dos maneras estándar para el proceder de la administración federal: (i) las regulaciones, o actos con carácter normativo -o “cuasi-legislativo”-, con participación más abierta a los sectores involucrados y al público en general; y (ii) las adjudicaciones, o actos con destinatarios particulares -o “cuasi-jurisdiccionales”-, donde las agencias actúan como jurados y jueces a la hora de tomar una decisión sobre la conducta sometida a su conocimiento.

keynesiano de regulación de los mercados y se dio paso a un proceso de desregulación comercial e industrial que dio pie al surgimiento de una economía globalizada y potenciada por el cambio tecnológico.

En medio de ese proceso de desregulación, el 25 de junio de 1984, el Tribunal Supremo estadounidense dictó la sentencia hasta ahora más citada de su historia, en el caso *Chevron USA INC. v. National Resources Defense Council*, donde de manera paradójica -dado que se trataba de analizar la constitucionalidad de una interpretación hecha, en clave desreguladora, a la Ley de Protección Ambiental, de 1977- se exageraron las potencialidades políticas del Estado Administrativo y sus agencias independientes (en este caso concreto, la Environmental Protection Agency, o EPA), quienes gozan -a decir del fallo- de toda la discrecionalidad posible a la hora de interpretar no sólo la regulación que van produciendo, sino, además, de la misma legislación que las creó y les otorgó competencias en sus determinados campos de acción. La presencia en el terreno académico, político y de la opinión pública, de un conjunto de ideas liberales y conservadoras, contrarias al New Deal y al Estado Administrativo, aupadas por la presencia de un presidente defensor de dichas ideas, Ronald Reagan (activo defensor de un orden liberal en el plano interior, así como de la definitiva terminación del bloque socialista soviético, en el plano de la acción exterior), trajo consigo lo que se ha venido a llamar en los Estados Unidos, *Derecho Administrativo Liberal*, o *Derecho Administrativo Libertario*<sup>12</sup>.

Los defensores del Derecho Administrativo Libertario postulan, de alguna forma u otra, un retorno a la tradición clásica de la Constitución de 1787, con su separación de poderes, su federalismo dual y la revalorización de los poderes de los estados, así como el respeto irrestricto a los derechos contenidos en la Carta de Derechos, o *Bill of Rights*<sup>13</sup>. Consideran, asimismo, que el Estado

---

<sup>12</sup> Ver, en todo bastante crítico: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Libertarian Administrative Law*. /En/ University of Chicago Law Review, Vol. 82, Issue 1 (Winter 2015), p. 393-474. Los profesores Sunstein y Vermeule son los mayores defensores del Estado Administrativo y, por ende, los más grandes adversarios del Derecho Administrativo Libertario.

<sup>13</sup> Un claro ejemplo en tal sentido, lo encontramos en las obras del profesor Richard A. Epstein: EPSTEIN, Richard A. *Design for Liberty. Private Property, Public Administration, and the Rule of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, 233 p.; y EPSTEIN, Richard A. *The Classical Liberal Constitution. The Uncertain Quest for Limited Government*. Cambridge: Harvard University Press, 2014, 684 p.

Administrativo es una importación extranjera, de Europa concretamente (Prusia y Francia), cuyos sistemas políticos e institucionales no prevén la separación de poderes ni un federalismo ascendente, como sería el caso de los Estados Unidos de América. Aparte de ello, ven en el Derecho Administrativo europeo una nueva manifestación de las prerrogativas regias, contrarias no solamente al Derecho Constitucional moderno, sino de todo el derecho evolutivo y jurisprudencial conocido en el mundo anglosajón como derecho común, o *Common Law*, basado en la facultad de jueces independientes de ir decidiendo casos en atención a precedentes de casos similares y en aplicación preponderante de un razonamiento por analogía.

## **II.- EL DEBATE DOCTRINAL ACTUAL: SUS VERTIENTES DOGMÁTICAS Y FILOSÓFICAS**

Luego del fallo *Chevron*, de 1984, y por la irrupción del llamado Derecho Administrativo Libertario, se cuestionó a fondo un elemento *sine qua non* del Estado Administrativo, esto es, la noción misma de ley habilitante (*enabling law* o *enabling statute*) en razón de lo que se ha conocido como *nondelegation doctrine*, o doctrina sobre la no delegación, lo cual viene a ser una construcción a partir de la primera oración del primer artículo constitucional, cuya letra dispone que “*el Congreso queda investido de todo el poder legislativo*” y, en consecuencia, mal puede el Congreso mismo dictar legislación para habilitar, o delegar, a la rama ejecutiva el ejercicio de funciones legislativas. Se trata de un asunto casuístico, pues la doctrina sobre la no delegación pierde fuerza si el Congreso dicta principios suficientemente inteligibles a ser desarrollados luego por las agencias, a través de los procedimientos de regulación y adjudicación previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1946.

Aquí, el reclamo de los defensores de la doctrina de la no delegación, es que los jueces -y en especial los jueces del propio Tribunal Supremo- ejerzan un control más fuerte sobre la legislación administrativa, con el fin de determinar si el Congreso ha delegado indebidamente su función legislativa, reste o quite deferencia a las propias agencias de cara a la determinación de las atribuciones de éstas, y proceda a anular un mayor número de leyes sobre la base de la



aplicación de la doctrina de la no delegación. Es lo que se ha denominado *Chevron Step Zero*, o vuelta al control pleno sobre la constitucionalidad de las leyes habilitantes<sup>14</sup>.

El otro cuestionamiento proveniente del Derecho Administrativo Libertario es la evasión de los derechos vinculados a la cláusula constitucional del debido proceso (formal y sustancial), por parte de las agencias del Estado Administrativo. La Constitución no sólo prevé que no se podrá privar a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal, sino que, además, prevé una serie de garantías como es la referida al establecimiento de jurados, requisito que no reúnen los procedimientos administrativos. Ello ha generado que los procedimientos administrativos sean vistos como resabios de la prerrogativa regia, la cual era un mecanismo bajo el cual los reyes en el antiguo régimen absolutista lograban obligar a sus súbditos, no mediante el derecho, sino a través de edictos o mandatos: (i) extralegales, vale decir por vías distintas a los parlamentos y los tribunales de justicia; (ii) supralegales, dada la deferencia judicial que recibían; y (iii) consolidados, dado que el monarca ejercía todas las funciones, vale decir, dictaba las reglas aplicables y las ejecutaba, incluso en controversias entre particulares, tal y como lo hacía Enrique VIII en la *Star Chamber*, o Corte de la Cámara Estrellada, en el siglo XVI.

A juicio del profesor Philip Hamburger, autor de un extenso y completo libro de corte histórico y filosófico, de 2014, intitulado *Is Administrative Law Unlawful?*<sup>15</sup> (*¿Es Ilícito el Derecho Administrativo?*), la prerrogativa regia ha vuelto a los Estados Unidos de América, a través de la aceptación de los postulados antiliberales del Estado Administrativo. Según Hamburger, las agencias podrían obligar a los ciudadanos a través de mecanismos legales ordinarios, con el auxilio de los tribunales de justicia previstos en el artículo 3 de la Constitución, pero prefieren hacerlo a través de sus propios tribunales administrativos, donde

---

<sup>14</sup> Algo así ha hecho el Tribunal Supremo norteamericano en el reciente caso *West Virginia v. EPA*, de junio de este año 2022, referido en la Introducción de este trabajo. En tal caso no se aludió a la doctrina de la no delegación, pero el resultado, a mi juicio, ha sido el mismo.

<sup>15</sup> HAMBURGER, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?* Chicago: The University of Chicago Press, 2014, 635 p. Una versión mucho más resumida de sus argumentos, en: HAMBURGER, Philip. *The Administrative Threat*. Nueva York: Encounter Books, 2017, 64 p.

cuentan con un foro más propicio para hacer valer sus propios intereses, aun cuando los ciudadanos tengan menos garantías jurídicas y procesales.

De igual manera, a falta de una mejor regulación, las agencias podrían acudir al Congreso para que dicte una ley, pero prefieren optar por dictar dichas regulaciones ellas mismas, en desmedro de los derechos políticos (participación y sufragio) de los estadounidenses. A juicio de Hamburger, es un error llamar *Derecho Administrativo* a las inconstitucionales delegaciones del Congreso y a las regulaciones dictadas por las agencias, pues, en todo caso, de lo que se trata es del ejercicio de un “*poder administrativo*”, extralegal, supralegal y consolidado, bastante similar al de la prerrogativa regia del antiguo régimen absolutista.

Como respuesta principalmente al libro de Hamburger, se han publicado una serie de libros y artículos en defensa del Estado Administrativo, comenzando por el artículo *No*, del profesor Adrian Vermeule<sup>16</sup>, en el cual niega las acusaciones de un retorno a la situación pre-constitucional de la prerrogativa regia. Asimismo, en una actitud claramente defensiva, el mismo profesor Vermeule publicó en 2016 el libro *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*<sup>17</sup>, cuya tesis central viene a ser que el derecho, siguiendo su propia lógica, se replegó, o *abdicó*, en sus pretensiones de regular la conducta de las personas mediante los procedimientos legislativos y jurisdiccionales, dando paso al contemporáneo Estado Administrativo, el cual no habría surgido como un asalto a las instituciones políticas y constitucionales, sino, precisamente, como resultado de la puesta en práctica de dichas instituciones establecidas en 1787.

Ello vendría a explicar cómo los parlamentos, siguiendo su propia lógica, fueron delegando más y más funciones normativas en la rama ejecutiva, así como también los tribunales de justicia fueron más y más deferentes hacia las reglas e interpretaciones de las agencias independientes. Por cierto, llama la atención Vermeule que el profesor Ronald Dworkin, el mayor teórico y filósofo jurídico de

---

<sup>16</sup> VERMEULE, Adrian. *No*. /En/ Texas Law Review, Vol. 93, Issue 6 (May 2015), p. 1547-1568.

<sup>17</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, 254 p. Hay traducción al castellano del profesor Luciano Parejo Alfonso: VERMEULE, Adrian. *La Abdicación del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, 307 p.

los Estados Unidos, nunca consideró a las agencias dentro de su *Imperio Jurídico*<sup>18</sup>, lo cual demuestra no sólo la desatención y la falta de relativa relevancia del Derecho Administrativo en tal país, sino cómo también la teoría jurídica se queda estática ante la irrupción de nuevos fenómenos que bien valdría ser analizados en toda su complejidad.

De hecho, luego de la publicación de este libro del profesor Vermeule, puede apreciarse un mayor giro filosófico jurídico en el debate sobre el Estado Administrativo. Dicho giro ya venía de un poco más atrás, con la publicación de la obra *Tocqueville's Nightmare. The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, del profesor Daniel R. Ernst<sup>19</sup>, quien más allá de conjeturar sobre lo escandalizado que se encontraría hoy Alexis de Tocqueville frente al Estado Administrativo (siendo que en su día alababa al sistema norteamericano y su alianza con los hombres de negocios<sup>20</sup>), se dedicó a hurgar en las ideas -muchas de ellas, ciertamente importadas de Europa, y de Alemania más precisamente- que dieron pie a las reformas administrativas desde la Era Progresiva, pasando por el New Deal y llegando hasta la Ley de Procedimiento Administrativo (Administrative Procedure Act -APA- de 1946).

Siguiendo en el tono iusfilosófico, desde 2018, los profesores Cass Sunstein y Adrian Vermeule vienen defendiendo la tesis según la cual el Estado Administrativo cuenta con una *moralidad interna*<sup>21</sup>, ello en alusión a la obra del filósofo del derecho Lon L. Fuller, *The Morality of Law*<sup>22</sup>, de 1964. Fuller (1902-1978) fue un eminente profesor en Harvard, siendo su principal preocupación las

---

<sup>18</sup> En alusión a la obra de Dworkin, *Law's Empire*, de 1986, donde explicita su concepción filosófica y teórica acerca del Derecho. Ver la traducción castellana: DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia* (2ª ed.). Barcelona: Gedisa, 1992, 328 p.

<sup>19</sup> ERNST, Daniel. *Tocqueville's Nightmare. The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Nueva York: Oxford University Press, 2014, 226 p.

<sup>20</sup> Ver, en tal sentido, HERRERA GUERRA, Carlos A. *La Vocación de Universalidad del Derecho Administrativo: el Administrative State para un País que no es Administrado por Ángeles*. /En/ Revista de Administración Pública, Madrid, núm. 178, 2009, p. 171: “La estrecha y benéfica relación entre hombres de negocios y gobierno, una de las peculiaridades del sistema norteamericano de la que tan bien nos hablaba De Tocqueville, se ha desfigurado y ha perdido sus contornos para pasar a configurarse en la forma vil que tanto se temía”.

<sup>21</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *The Morality of Administrative Law*. /En/ Harvard Law Review, Vol. 131, Issue 7 (May 2018), p. 1924-1978.

<sup>22</sup> Hay traducción al castellano: FULLER, Lon L. *La Moral del Derecho*. México: Trillas, 1967, 221 p.

conexiones entre derecho y moral<sup>23</sup>, y fue particularmente conocido por las condiciones o requisitos que él identificó y describió para que un orden jurídico pudiera considerarse realmente existente, amén de aspirar a ser un orden justo, a saber que las reglas de dicho orden: (i) sean aplicadas a casos futuros, con lo cual quede prohibida, en general, su aplicación retroactiva; (ii) puedan ser conocidas por sus todos, es decir, que no puedan existir reglas secretas; (iii) puedan ser cumplidas por sus destinatarios; (iv) sean generales y no casuísticas; y (v) sean coherentes y no entren en contradicción unas con otras<sup>24</sup>.

En el libro *Law & Leviathan. Redeeming the Administrative State*<sup>25</sup>, de 2020, los profesores Sunstein y Vermeule defendieron nuevamente al Estado Administrativo sobre la base de cumplir con los requisitos de la moral interna, tal y como fueron proporcionados por Lon L. Fuller desde la década de 1960. En respuesta a ello, el mismo año 2020, el profesor Richard A. Epstein, publicó su libro *The Dubious Morality of Modern Administrative Law*<sup>26</sup> (*La Dudosa Moralidad del Derecho Administrativo Moderno*), en el cual no sólo niega que el Estado Administrativo se acomode a los principios del Estado de Derecho, sino que además estima que los postulados de Fuller se quedarían cortos para reprobar al Estado Administrativo y su desconocido número total de agencias y presupuesto, amén de la producción normativa descontrolada, no sólo en cantidad, sino en acatamiento del sistema constitucional norteamericano.

Finalmente, la obra más reciente en este debate sobre el Estado Administrativo, *Purchasing Submission. Conditions, Power, and Freedom*<sup>27</sup>, pertenece al profesor Philip Hamburger, quien repasa nuevamente los señalamientos hacia el

---

<sup>23</sup> En 1958, cuando el profesor británico H.L.A Hart visitó Harvard y defendió su tesis sobre el positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral, Fuller respondió con la tesis de la *moralidad interna*, para hacer ver que no toda legislación, o no toda regulación, podía hacerse valer como derecho, así fuesen dictadas por autoridades competentes.

<sup>24</sup> A mi entender, se trata de una defensa un tanto criticable del Estado Administrativo, al querer mostrar a éste plenamente consistente con el Estado de Derecho, cuando, por ejemplo, los propios autores reconocen que las agencias crean reglas y las aplican a los casos *sub examine*, aun cuando ello contraviene la irretroactividad de las reglas sostenida por el profesor Lon L. Fuller.

<sup>25</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law & Leviathan. Redeeming the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2020, 188 p.

<sup>26</sup> EPSTEIN, Richard A. *The Dubious Morality of Modern Administrative Law*. Londres: Rowman & Littlefield, 2020, 223 p.

<sup>27</sup> HAMBURGER, Philip. *Purchasing Submission. Conditions, Power, and Freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 2021, 320 p.

Estado Administrativo y muestra cómo su establecimiento ha contribuido, a su juicio, a una nueva forma de sumisión de los ciudadanos.

### **III.- LA SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA: ¿ES EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO UN PROCESO O UN CONTROL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Las instituciones del Derecho Administrativo se sostienen en España, incluso hoy en día, gracias a un equilibrio inestable entre tendencias absolutistas que se remontan al surgimiento histórico de la disciplina, por una parte, y los más recientes influjos propios del constitucionalismo y su acento en los derechos individuales, del Estado de Derecho como conjunto de límites jurídicos al poder para la libertad, y de la democracia como régimen político, por otra parte.

En el caso específico del Contencioso Administrativo, se trata de una institución que ha seguido la suerte del Derecho Administrativo y de las señaladas tendencias en equilibrio inestable. Bien pudo dicha institución pasar a formar parte del Derecho Procesal (y ser un *Derecho Procesal Administrativo*<sup>28</sup>), al tratarse de la activación del aparato jurisdiccional del Estado para lograr la satisfacción de pretensiones fundadas en Derecho, pero precisamente, el Contencioso Administrativo no ha sido escindido del Derecho Administrativo por la presencia de tendencias absolutistas (*i.e.* consagradoras de prerrogativas que, como tales, están por encima del derecho ordinario; en este caso, del Derecho Procesal ordinario).

Esa situación bien podía ser comprensible antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 o, incluso, en los primeros años del proyecto democrático, sea debido a la influencia cultural del anterior régimen, a la falta de adecuación del marco normativo, o como resultado del influjo de un modelo -el contencioso administrativo francés decimonónico y su recurso *por exceso de poder*- que se ha idealizado como *modular* respecto del equilibrio entre prerrogativas y

---

<sup>28</sup> El profesor Jesús González Pérez dedicó parte de su abundante obra a este *Derecho Procesal Administrativo* (título de su obra clásica), pero la verdad es que, en España, así como en los demás países con fuerte influencia del Derecho Administrativo, ha sido éste, y no el Derecho Procesal, quien se ocupe de estudiar y analizar los pleitos judiciales con la Administración Pública.

derechos, aun cuando hace bastante tiempo -desde la década de 1990, para ser más exactos- pasó a ser un modelo plenamente judicial, esto es, de tutela de situaciones jurídicas subjetivas o, simple y llanamente, *subjetivo*.

La inercia institucional fue tal que la preconstitucional Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, mantuvo su vigencia hasta el año 1998 -casi diez años luego de dictada la Constitución Española- cuando fue derogada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y dicho nuevo instrumento normativo vino precedido por la aparición de un trabajo doctrinal muy significativo, liderado por el profesor Eduardo García de Enterría, sobre el sentido y la orientación que debía tener el Contencioso Administrativo a la luz no sólo del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 del Texto Constitucional, sino de la tendencia en países tales como Alemania y Francia, los cuales, como corolario de sus respectivas constituciones de postguerra así como producto de su experiencia institucional, pasaron a contar con sistemas de control judicial sobre las Administraciones Públicas cuyo eje pivotal pasó a ser la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos, por sobre la revisión de la legalidad en sede administrativa como lo fuere en otros tiempos y circunstancias<sup>29</sup>.

En la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, a medida que se van vertiendo las razones para conservar aquello que mejor funcionó bajo el amparo de la derogada legislación preconstitucional, así como para introducir innovaciones, se fue tajante en cuanto a la superación del carácter objetivo o revisor (el otrora «juicio al acto»), en los términos siguientes:

“Los escasos preceptos incluidos en los dos primeros capítulos del Título III contienen algunas de las innovaciones más importantes que la Ley introduce en nuestro sistema de control judicial de la Administración. **Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una**

---

<sup>29</sup> Como claros ejemplos de la señalada tendencia doctrinal, tenemos las dos obras siguientes: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa (2ª ed. ampliada)*. Madrid: Civitas, 1992, 238 p.; y FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Madrid: Civitas, 1998, 382 p.

**revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”** (negritas añadidas).

Más adelante en la Exposición de Motivos, así como en otros pasajes de ésta, se aclara que el objeto del recurso contencioso administrativo abarca la actividad administrativa *in toto*, lo cual incluye los actos y contratos administrativos, la actividad prestacional, las actuaciones materiales y las omisiones, lo cual, junto con otras partes de la reforma (e.g. la supresión de la categoría de los actos políticos), propende a la idea de universalidad en el control judicial sobre la Administración Pública.

Pero, aun así, tomando en cuenta el anteriormente aludido equilibrio inestable entre prerrogativas, por un lado, y derechos y garantías individuales, por el otro lado, bien valdría preguntarse si la regulación y la práctica actuales del Contencioso Administrativo en España nos llevan a concluir que se ha instaurado definitivamente un sistema subjetivo o judicial, tal y como parece haber sido la tendencia o la inspiración, digamos, en la década de 1990, o si, por el contrario, por la presencia y defensa de esas prerrogativas en poder de las Administraciones Públicas (*vgr.*: potestad de autotutela, presunción de legalidad del acto administrativo, potestades discrecionales de distinto tipo, e inembargabilidad de bienes públicos), a decir verdad, nos encontramos con un tipo de proceso revisor (un *control*, con sus fortalezas y debilidades) sobre la actuación administrativa y no de un auténtico y completo proceso judicial regido por el artículo 24.1 de la Constitución Española, vale decir, por el derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, lo cual conlleva poder transitar un proceso jurisdiccional con plenas posibilidades para deducir pretensiones basadas en Derecho (y no sólo ejercer *recursos*), tener plena libertad probatoria y no dar preferencia al expediente administrativo, obtener una sentencia en tiempo, donde el juez pueda analizar, incluso *ex novo*, la situación fáctica que dio pie al pleito, así como la interpretación y aplicación de todos los textos normativos que vengan al caso; y por último, que dicha sentencia se pueda ejecutar sin que la Administración pueda aducir privilegios si resulta perdedora

en el juicio<sup>30</sup>, con pleno restablecimiento de la situación jurídica y sin que la parte reclamante deba sufrir perjuicios económicos o morales.

Luego de más de veinte años de puesta en práctica de la Ley 29/1998, de 13 de julio, , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la conclusión va por la segunda de las opciones (el contencioso administrativo como un mecanismo de control y no como un auténtico y completo proceso judicial<sup>31</sup>) y, en tal sentido, vemos que se pronuncia la doctrina reciente<sup>32</sup>, con lo cual vemos confirmadas al menos ciertas de las aprehensiones del Derecho Administrativo Liberal frente al Derecho Administrativo tradicional, referidas a las garantías de los particulares frente a la Administración Pública, y más concretamente las relativas a la (in)existencia de verdaderos procesos jurisdiccionales para dirimir los conflictos en los que una de las partes sea la Administración Pública.

No obstante lo antes dicho, el balance de las dos décadas de vigencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio, no es del todo negativo, y como aspectos positivos de la implementación de dicho texto legal se han señalado los siguientes:

- Reducción general de los plazos de tramitación hasta dictada sentencia;

---

<sup>30</sup>En la Ley 29/1998 (artículo 105.3) existe incluso la posibilidad de que la Administración perdedora en juicio expropie al particular, con el objeto de evitar la ejecución del fallo. Entendemos que dicha expropiación procedería en casos realmente extremos (temor fundado de guerra o quebranto de la integridad territorial), pero su sola inclusión en el texto legal, con las evidentes repercusiones que ello tiene sobre el principio de separación de poderes, nos dice mucho sobre cuán lejos se está dispuestos a llegar, con el propósito de no aceptar la ejecución de los fallos del ámbito contencioso administrativo.

<sup>31</sup> Luciano Parejo Alfonso, en 2003, al precisar el objeto del recurso contencioso administrativo, era (y sigue siendo) tajante: “*Por ello mismo, el proceso aquí es impugnatorio y la jurisdicción revisora. La previa existencia de una decisión jurídico-pública (normativa o concreta, expresa o presunta), una inactividad o una actuación material es condición inexcusable. Se entiende así la importancia de la regulación, con ocasión de la del objeto del proceso, de la actividad impugnabile*”. Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo (1ª ed.)*. Barcelona: Ariel, 2003, p. 1177-1178.

<sup>32</sup> Cfr. BAÑO LEÓN, José María. *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa Tras Veinte Años de la Vigencia de la Ley 29/1998*. /En/ Revista Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, Núm. 57, 2019 (enero-junio), p. 264-265: El autor, al referirse a la práctica inveterada de los jueces de lo contencioso administrativo españoles de defender la posición de la Administración, aun cuando ello no esté previsto así legalmente, señala que ello matiza “*el argumento de que se trata de un auténtico proceso entre partes; es desde luego un proceso pero el interés público siempre planea sobre la decisión del juez, haya sido o no adecuadamente sostenida por el defensor de la Administración Pública*”. No es sólo de esta aseveración parcial del autor de la cita que extraemos la conclusión según la cual, en España, el contencioso administrativo no es un auténtico proceso judicial, sino del resto del artículo citado, donde se muestran las deficiencias en aspectos clave, siendo preponderantes: (i) la prevaleciente y sostenida naturaleza impugnatoria del recurso contencioso administrativo; y (ii) el problema de la ejecución de los fallos dentro de dicho orden jurisdiccional (v. *op cit.*, p. 271-273 y p. 276-278, respectivamente).



- Mayor -aun cuando insuficiente- especialización de los jueces en la materia; y
- Digitalización de la tramitación judicial<sup>33</sup>.

Sin menospreciar esos aspectos positivos, me parece que existe consenso académico y profesional en España sobre el estancamiento general del contencioso administrativo. Desde el punto de vista académico, me resulta un tanto insostenible en esta tercera década del nuevo milenio, sostener y defender la coexistencia de una Constitución democrática, consagrada de un Estado democrático y social de Derecho, donde en materia judicial rige el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas, por un lado, y sostener y defender la necesidad de un proceso judicial frente a la Administración Pública plagado por los privilegios que ésta ostenta tanto en sede administrativa como, también, en sede judicial. Desde un punto de vista profesional, resulta preocupante -a mí me lo resulta en un plano existencial, porque empezaré a ejercer profesionalmente en España a partir de 2023, una vez superado este Máster Universitario en Práctica de la Abogacía- que las pretensiones en Derecho de los particulares no puedan aducirse y defenderse adecuadamente mediante el proceso judicial (única vía, o al menos la vía tradicional, para poner fin a los conflictos jurídicos; vistas además las limitaciones en esta materia para aplicar los medios alternativos de solución de controversias, o *ADR*, por sus siglas en inglés).

#### **IV.- SOBRE LAS REPERCUSIONES QUE PUEDE TENER EN ESPAÑA EL DEBATE SOBRE EL *ADMINISTRATIVE STATE***

Aun cuando parecen dos mundos aparte, la realidad del contencioso administrativo español no dista tanto de la situación presentada en los Estados Unidos con relación al debate en torno al Estado Administrativo, debido al hecho de que dicho debate ahora reviste carácter más general. Desde mi punto de vista, este tipo de disputas doctrinales tienen vocación de eternizarse, en especial por incluir aspectos valorativos de todo tipo (no sólo morales) y es muy

---

<sup>33</sup> Ver: Cfr. BAÑO LEÓN, José María. *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa Tras Veinte Años de la Vigencia de la Ley 29/1998, op. cit.*, p. 262-266.

difícil, si no imposible, afirmar ganador a un bando u otro. Lo que sí está claro es el relativo desfase que existe en Estados Unidos de América entre los fundamentos liberales y republicanos de sus orígenes institucionales, y las prácticas que se están acometiendo en las distintas ramas de gobierno, así como en España parece existir un desfase entre el contencioso administrativo y la Constitución de 1978 y la consagración de un proceso judicial que garantice el derecho a una tutela judicial efectiva.

¿Cuál podría ser el desenlace? Yo personalmente opino que el ala liberal va ganando más adeptos en estas discusiones y es muy probable que ello conlleve a sucesivas reformas liberalizadoras dentro del Derecho Público, tanto en los Estados Unidos de América, como en España (allí podrían tener incidencia también las instituciones europeas). En particular, creo que los liberales llevan ventaja en dos puntos: (i) Estados Unidos surgió como una lucha contra la omnipotencia gubernamental y siempre podrá buscar o recuperar ese origen o fuente; y (ii) en el caso de España, si a cualquier ciudadano informado le preguntan dónde considera que sus derechos y libertades pueden estar mejor garantizados, si le dan a escoger entre un procedimiento con las características del procedimiento administrativo, o el proceso judicial, creo que respondería que preferiría lo segundo. Aun cuando hoy en día valoramos tanto la agilidad, la rapidez y el conocimiento científico, estimo que la relación con el poder político siempre tendrá sus peligros.

Hoy en día, cuando los ciudadanos -incluso los extranjeros- estamos más permanentemente expuestos que nunca a la actividad administrativa, las garantías jurídicas no sobran, ni están de más.

## **CONCLUSIONES**

En la primera parte del presente trabajo, hemos presentado unas ideas-fuerza, de corte liberal, sobre cómo pueden analizarse problemas álgidos del Derecho Administrativo, desde el punto de vista de la reivindicación del valor de la libertad individual y su corolario institucional, desde el punto de vista político y jurídico con la defensa del *Estado Limitado*, o *Estado de Derecho*, y desde el punto de vista económico, con la defensa de un orden de mercado con intervenciones

mínimas necesarias, o lo que es conocido como *Estado mínimo*. Entre dichas ideas-fuerza, se encuentran las relativas a la reevaluación del contencioso administrativo, a la luz del derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, tal y como prevé el artículo 24.1 de la Constitución Española, ello con el objeto de que el contencioso administrativo deje de ser un mecanismo de control a un acto o actuación previa y se convierta en un genuino proceso judicial, con todas las garantías de imparcialidad e idoneidad para todas las partes involucradas.

Dichas ideas-fuerza muestran la necesidad de articular de manera sistemática y orgánica tanto los conceptos jurídicos fundamentales de la Teoría General del Derecho Administrativo, como todo lo relacionado con el Derecho Administrativo Económico y el tratamiento a las garantías jurídicas frente a la Administración Pública (entre ellas, la existencia de genuinos procesos judiciales, como ya se ha apuntado), pues se trata de asuntos complejos y conectados entre sí. Genuina y sinceramente pienso que el tratamiento que se da el contencioso administrativo español tiene conexión plena con la concepción que se tenga sobre qué es acto administrativo (ejecutivo y ejecutorio), qué es contrato administrativo, cuáles son los límites del ejercicio de las potestades discrecionales, o cuál es el rol de los órganos y entes creados en materia de regulación económica, pues, al final, las mismas prerrogativas y la noción de libertad individual que enturbian el manejo de la parte adjetiva del Derecho Administrativo, igualmente condicionan la parte sustantiva de éste.

En la segunda parte de este trabajo, presenté un caso de estudio, el del *Estado Administrativo* de los Estados Unidos de América, desde una perspectiva comparada (entendiendo y advirtiendo que se trata de una tradición jurídica distinta) y con el objeto de reconocer en un debate, en principio “ajeno”, aspectos propios de nuestra realidad jurídica e institucional. Por más o menos diferencias que existan entre los sistemas jurídicos del *Common Law* y los sistemas jurídicos del Derecho Civil, la irrupción de una Administración Pública centralizada o federal, plantea desafíos similares, especialmente si se les ve desde la situación de las libertades individuales. En el caso estadounidense, parte fuerte de la crítica liberal al Estado Administrativo radica en la distorsión del proceso judicial originario y la pérdida de garantías procesales (debido proceso, imparcialidad,

libertad para alegar y probar, ser juzgado por sus pares en el caso de la previsión de jurados y grandes jurados). Eso es lo mismo que de discute -con terminología distinta- cuando se debate en el ámbito europeo continental si el contencioso administrativo representa un *verdadero* proceso judicial.

No conocemos el desenlace del debate sobre el *Administrative State* en los Estados Unidos, aun cuando empezamos a ver cierta acción por parte del Tribunal Supremo (para una muestra, significativo es el “botón” del fallo *West Virginia v. EPA*, de junio de 2022), en el sentido de reivindicar a la parte liberal del debate sin, por ello, dar por finiquitado dicho debate en un sentido u otro. Personalmente pienso, como ya he dicho antes, que los argumentos liberales, sobre todo porque tienen hondas raíces en el constitucionalismo originario de dicho país, tienen gran pertinencia a la hora de evaluar las instituciones políticas y administrativas contemporáneas. Estados Unidos ha sido el emblema del capitalismo mundial y un referente en materia de libertades individuales, por más críticas que se le puedan hacer a ese país. ¿Seguirá el curso -o la desviación, según se le vea- de mantener un modelo regulatorio casi directamente contrario a la letra de su Constitución, mediante agencias que concentran las funciones de las distintas ramas del Estado, en clara desventaja para su tradición judicial? ¿O, por el contrario, será posible dar paulatina marcha atrás mediante una jurisprudencia reivindicadora de los valores liberales y republicanos originales?

Ambas opciones son posibles, así como la opción que ve en el debate sobre el Estado Administrativo una posible *confluencia* entre el Derecho Administrativo del *Common Law* y el Derecho Administrativo europeo continental. Pero lo que este trabajo y su autor pueden concluir con mayor asertividad es que estudiar el debate sobre el *Administrative State* y su posible desenlace, a la luz de la contraposición directa entre prerrogativas y libertades, permitirá analizar mejor la situación de las instituciones jurídico administrativas -como es el caso del contencioso administrativo en el ámbito español- y ver posibilidades de mejora. Sin duda alguna fue una premisa de este trabajo considerar preferible tener un auténtico proceso judicial, a tener un pseudo proceso plagados de prerrogativas, que es la situación actual en España. La idea de ver la realidad de un país cuya tradición es tener verdaderos procesos, cultura judicial y de pleitos entre

abogados, y la excepción ha sido este *Estado Administrativo* de agencias administrativas todopoderosas más propio del siglo XX que del siglo actual, me sigue pareciendo pertinente y válida. Así la defiendo y la sostengo.

## BIBLIOGRAFÍA

### -Monografías:

- AXELROD, Alan. *The Complete Idiot's Guide to American History (4ª ed.)*. Nueva York: Alpha, 2006, 406 p.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos de América (2ª ed.)*. Madrid: CEPC-BOE, 2006, 716 p.
- CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution. Cultura y Lengua Constitucionales*. Madrid: Trotta, 1997, 277 p.
- DAVIS, Kenneth Kulp. *Administrative Law and Government*. Saint Paul: West Publishing Company, 1960, 547 p.
- DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (reimp.)*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982, 435 p.
- DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia (2ª ed.)*. Barcelona: Gedisa, 1992, 328 p. [*Law's Empire*, 1986]
- EPSTEIN, Richard A. *Design for Liberty. Private Property, Public Administration, and the Rule of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, 233 p.
- EPSTEIN, Richard A. *Simple Rules for a Complex World*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, 361 p.
- EPSTEIN, Richard A. *The Classical Liberal Constitution. The Uncertain Quest for Limited Government*. Cambridge: Harvard University Press, 2014, 684 p.
- EPSTEIN, Richard A. *The Dubious Morality of Modern Administrative Law*. Londres: Rowman & Littlefield, 2020, 223 p.
- ERNST, Daniel. *Tocqueville's Nightmare. The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Nueva York: Oxford University Press, 2014, 226 p.
- FERGUSON, Niall. *Coloso. Auge y Decadencia del Imperio Americano*. Barcelona: Debate, 2016, 504 p. [*Colossus: the Price of America's Empire*, 2004]
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Madrid: Civitas, 1998, 382 p.
- FULLER, Lon L. *La Moral del Derecho*. México: Trillas, 1967, 221 p. [*The Morality of Law*, 1964]
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración (4ª Ed.)*. Madrid: Civitas, 1998, p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa (2ª ed. ampliada)*. Madrid: Civitas, 1992, 238 p.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado (edición facsimilar)*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2002, 636 p.

- GOODNOW, Frank J. *Comparative Administrative Law: An Analysis of the Administrative Systems National and Local of the United States, England, France and Germany*. Nueva York: Putman, 1903, 665 p.
- HAMBURGER, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?* Chicago: The University of Chicago Press, 2014, 635 p.
- HAMBURGER, Philip. *Purchasing Submission. Conditions, Power, and Freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 2021, 320 p.
- HAMBURGER, Philip. *The Administrative Threat*. Nueva York: Encounter Books, 2017, 64 p.
- HAYEK, Friedrich A. *Derecho, Legislación y Libertad*. Madrid: Unión, 2006, 556 p. [Law, Legislation and Liberty, 1973, 1976, 1979]
- HAYEK, Friedrich A. *El Ideal Político del Estado de Derecho*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín, 2011, 109 p. [The Political Ideal of the Rule of Law, 1955]
- HEWART, Gordon. *The New Despotism (reimp.)*. Westport: Greenwood Press, 1975, 308 p.
- JIMÉNEZ ASECIO, Rafael. *El Constitucionalismo. Proceso de Formación y Fundamentos del Derecho Constitucional (3ª ed.)*. Madrid: Marcial Pons, 2005, 221 p.
- MASHAW, Jerry L. *Creating the Administrative Constitution. The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. New Haven: Yale University Press, 2012, 419 p.
- MATEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Trotta, 1998, 318 p. [Organizzazione del Potere e Libertà. Storia del Costituzionalismo Moderno, 1988]
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo (1ª ed.)*. Barcelona: Ariel, 2003, 1347 p.
- POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, 249 p.
- ROSADO PACHECO, Santiago. *El Estado Administrativo en la España del Siglo XIX: Liberalismo e Intervencionismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 126 p.
- ROSEMBLOOM, David H; MCCURDY, Howard E (eds.). *Revisiting Waldo's Administrative State. Constancy and Change in Public Administration*. Washington: Georgetown University Press, 2006, 233 p.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución (3ª reimp.)*. Madrid: Alianza, 2001, 377 p. [Verfassungslehre, 1928]
- SCHWARTZ, Bernard. *French Administrative Law and the Common-Law World*. Nueva York: New York, University Press, 1954, 367 p.
- SCHWARTZ, Bernard. *Introduction to American Administrative Law*. Londres: Pitman, 1962, 272 p.
- SCHWARTZ, Bernard. *Law and the Executive in Britain: A Comparative Study*. Nueva York: New York, University Press, 1949, 388 p.
- STRAUSS, Peter L. *An Introduction to Administrative Justice in the United States*. Durham: Carolina Academic Press, 1989, 293 p.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law & Leviathan. Redeeming the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2020, 188 p.
- VERMEULE, Adrian. *La Abdicación del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, 307 p. [Law's Abnegation, 2016]

- VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, 254 p.
- WALDO, Dwight. *Teoría Política de la Administración Pública. El Estado Administrativo*. Madrid: Tecnos, 1961, 338 p. [*The Administrative State*, 1948]
- WALDO, Dwight. *The Administrative State. A Study of the Political Theory of American Public Administration*. Nueva York: The Ronald Press Company, 1948, 227 p.
- ZAKARIA, Fareed. *De la Riqueza al Poder. Los Orígenes del Liderazgo Mundial de Estados Unidos (1ª ed.)*. Barcelona: Gedisa, 2000, 285 p. [*From Wealth to Power. The Unusual Origins of America's World Role*, 1998]

-Artículos en revistas especializadas:

- ARIAS CASTILLO, Tomás A. *¿García de Enterría 2000 vs. García de Enterría 1954? El debate sobre el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración en España*. /En/ Revista de Derecho Público, Núm. 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, p. 7-20.
- BAÑO LEÓN, José María. *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa Tras Veinte Años de la Vigencia de la Ley 29/1998*. /En/ Revista Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, Núm. 57, 2019 (enero-junio), p. 261-279.
- CARROLL, James D; FREDERICKSON, H. George. *Dwight Waldo, 1913-2000*. /En/ Public Administration Review, vol. 61, issue 1, 2001, p. 2-8. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/0033-3352.00001>
- CASS, Ronald A. *Delegation Reconsidered: A Delegation Doctrine for the Modern Administrative State*. /En/ Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 40, issue 1 (April 2017), p. 147-199.
- CASS, Ronald A. *Due Process and Delegation: "Due Substance" and Undone Process in the Administrative State*. /En/ George Mason Legal Studies Research Paper N° LS 17-11 (June 15, 2017), 61 p. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2987140](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2987140)
- DEMUTH, CHRISTOPHER. *Can the Administrative State be Tamed?* /En/ Journal of Legal Analysis, Vol. 8, Issue 1 (Spring 2016), p. 121-190.
- EPSTEIN, Richard A. *The Perilous Position of the Rule of Law and the Administrative State*. /En/ Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 36, Issue 1 (Winter 2013), p. 5-20.
- EPSTEIN, Richard A. *Why the Modern Administrative State is Inconsistent with the Rule of Law*. /En/ New York University Journal of Law & Liberty, Vol. 3, Issue 3 (2008), p. 491-515.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Algunas Reflexiones sobre el Derecho Administrativo Norteamericano (A Propósito de una Nueva Exposición Sistemática del Mismo)*. /En/ Revista de Administración Pública, Madrid, núm. 85, 1978, p. 241-259.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Una Nota sobre el Interés General como Concepto Jurídico Indeterminado*. /En/ Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, N° 89, 1996 (enero-marzo), p. 69-89.

- HAMBURGER, Philip. *The Administrative Evasion of Procedural Rights*. /En/ New York University Journal of Law and Liberty, Vol. 11, Issue 3 (2018), p. 915-965.
- HARRISON, John. *Libertarian Administrative Law, or Administrative Law?* /En/ University of Chicago Law Review Dialogue, Vol. 82, p. 134-150.
- HERRERA GUERRA, Carlos A. *La Vocación de Universalidad del Derecho Administrativo: el Administrative State para un País que no es Administrado por Ángeles*. /En/ Revista de Administración Pública, Madrid, núm. 178, 2009, p. 143-173.
- LOWANDE, Kenneth. *Who Policies the Administrative State?* /En/ American Political Science Review, vol. 112, issue 4, 2018, p. 874-890.
- METZGER, Gillian E. *1930's Reddix: The Administrative State under Siege (The Supreme Court 2016 Term: Foreword)*. /En/ Harvard Law Review, Vol. 131, Issue 1 (November 2017), p. 1-95.
- NIELSON, Aaron. *Confessions of an Anti-Administrativist*. /En/ Harvard Law Review Forum, vol. 131, issue 1 (November 2017), p. 1-12.
- PERROUD, Thomas. *Ensayo sobre las Características Neoliberales del Derecho Administrativo Francés Contemporáneo*. /En/ Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Marcial Pons, Vol. 4, 2021, p. 105-124.
- POUND, Roscoe. *Administrative Law: Its Growth, Procedure, and Significance*. /En/ University of Pittsburgh Law Review, Vol. 7, Issue 4 (June 1941), p. 269-282.
- RAHMAN, K. Sabeel. *Reconstructing the Administrative State in an Era of Economic and Democratic Crisis*. /En/ Harvard Law Review, Vol. 131, Issue 6 (April 2018), p. 1671-1713.
- RANDOLPH, A. Raymond; OLSON, Theodore B. (et. al.). *Who Controls the Administrative State? A Debate on the Relationship between Congress and Government Agencies*. /En/ Cumberland Law Review, vol. 23, issue 1 (1992-1993), p. 125-140.
- REDFORD, Emmette S. *Freedom and the Administrative State. By Joseph Rosenfarb (Book Review)*. /En/ Texas Law Review, vol. 27, Issue 3 (January 1949), p. 404-405.
- RESH, William G. *The Disarticulation of the Administrative State (and Public Administration)*. /En/ Administration & Society, vol. 51, issue 3, 2019, p. 347-370.
- ROSENBLOOM, David H. *The Politics-Administration Dichotomy in U.S. Historical Context*. /En/ Public Administration Review, vol. 68, issue 1, 2008, p. 57-60. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6210.2007.00836.x>
- RUBIN, Edward. *Law and Legislation in the Administrative State*. /En/ Columbia Law Review, vol. 89, issue 3 (April 1989), p. 369-426.
- SHARKEY, Catherine M. *The Administrative State and the Common Law: Regulatory Substitutes or Complements?* /En/ Emory Law Journal, Vol. 65, Issue 6 (2016), p. 1705-1740.
- STIVERS, Camilla. *The Significance of The Administrative State*. /En/ Public Administration Review, vol. 68, issue 1, 2008, p. 53-56. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6210.2007.00835.x>
- SUNSTEIN, Cass R. *From Theory to Practice (Order of the Coif Lecture: Response)*. /En/ Arizona State Law Journal, Vol. 29, Issue 2 (Summer 1997), p. 389-404.



- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. /En/ Michigan Law Review, Vol. 101, Issue 4 (February 2003), p. 885-951.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Libertarian Administrative Law*. /En/ University of Chicago Law Review, Vol. 82, Issue 1 (Winter 2015), p. 393-474.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *The Morality of Administrative Law*. /En/ Harvard Law Review, Vol. 131, Issue 7 (May 2018), p. 1924-1978.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *The New Coke: on the Plural Aims of Administrative Law*. /En/ Supreme Court Review, Vol. 2015, p. 41-88.
- SVARA, James H. *Beyond Dichotomy: Dwight Waldo and the Intertwined Politics-Administration Relationship*. /En/ Public Administration Review, vol. 68, issue 1, 2008, p. 46-52. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6210.2007.00834.x>
- VERMEULE, Adrian. *No*. /En/ Texas Law Review, Vol. 93, Issue 6 (May 2015), p. 1547-1568.
- WATERMAN, W.R. *The Federalists: A Study in Administrative History*. By Leonard D. White (Book Review). /En/ Political Science Quarterly, vol. 63, N° 3 (september 1948), p. 431-433.
- ZYWICKI, Todd J. *Libertarianism, Law and Economics, and the Common Law*. /En/ Chapman Law Review, Vol. 16, Issue 2 (Winter 2013), p. 309-324.