

OBSERVACIONES A LAS CRÍTICAS AL DERECHO ADMINISTRATIVO MODERNO

Humberto Briceño León*

En la academia y foro globales se ha revitalizado el debate en torno a las críticas que se formulan al moderno derecho administrativo. Abordo en este trabajo esas aproximaciones, fundamentalmente en los Estados Unidos de América y aun cuando comparto parcialmente algunos de los señalamientos presentados por las críticas, observo insuficiencias en algunas de las respuestas que la doctrina sugiere, en mi opinión sin precisión. Estimo que las soluciones deben ser posibles, implementables y realistas al considerar la complejidad de las tareas y funciones que la realidad hoy parece imponerle al Estado contemporáneo.

- I. Introducción.
- II. El Derecho Administrativo en los Estados Unidos de América. Evolución de sus Perspectivas y Categorizaciones.
- III. El Debate Hamberger v. Vermeule.
- IV. La Doctrina de la Delegación y No Delegación de Autoridad. Caso Chevron.
- V. Constitucionalismo Administrativo Democrático.
- VI. Observaciones a las Críticas al Derecho Administrativo.
- VII. Conclusiones.

I. Introducción.

En la academia y foro globales se ha revitalizado el debate en torno a las críticas que se formulan al moderno derecho administrativo. Abordo en este trabajo esas aproximaciones críticas, fundamentalmente en los Estados Unidos de América (USA) y aun cuando comparto parcialmente algunos de los señalamientos presentados por las críticas, observo insuficiencias en algunas de las respuestas que la doctrina sugiere, en mi opinión sin precisión. Estimo que las soluciones deben ser posibles, implementables y realistas al considerar la complejidad de las tareas y funciones que la realidad hoy parece imponerle al Estado contemporáneo.

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Licenciado en Ciencias Políticas y Administrativas Universidad Central de Venezuela; Diplôme D'Etudes Approfondies (Máster) Instituto de Estudios Políticos de París; LL.M (Máster) en Derecho Internacional Universidad de Miami; Profesor e investigador por más de 35 años en Teoría del Estado, Derecho Constitucional, y Derecho Administrativo. Académico

Visitante en Lewis & Clark Law School, Yale Law School (Fullbright), Oxford UK Centre for Socio-Legal Studies, y profesor adjunto en Duke School of Law.

Mi aproximación es fundamentalmente a la academia de los Estados Unidos de América en la que destacan las críticas formuladas por el Profesor de la Universidad de Columbia Philip Hamburger.¹ Por su parte, en defensa del derecho administrativo, lidera los desacuerdos contra esa postura crítica el Profesor de la Universidad de Harvard Adrian Vermeule.² Debo anotar que al menos desde 1991 he seguido el debate objeto de este trabajo, entonces se publicó mi trabajo *El Common Law y el Derecho Continental: Tendencias en el Derecho Público Contemporáneo*.³ Posteriormente se editó en el 2012 mi libro *Derecho Administrativo y Separación de Poderes. USA, Francia y Alemania*⁴

Comienzo por esbozar, simplifícadamente, la evolución de las perspectivas y categorías del derecho administrativo en USA y algunas de las diferentes visiones e ideas que han guiado la doctrina y modelos clasificatorios; luego reseño el debate Hamberger v. Vermeule que exterioriza la discusión central que se tiene en USA en relación con el tema planteado; de seguida, en el contexto de la teoría de la delegación normativa, presento el caso *Chevron v. Natural Res. Def. Council, Inc.*,⁵ piedra angular del moderno derecho administrativo de USA; a continuación, discuto la doctrina del constitucionalismo administrativo democrático e incidentalmente la visión que expone la doctrina de la Huida del Derecho Administrativo; paso de seguida a presentar observaciones puntuales a las Críticas al Derecho Administrativo; y finalmente formulo mis conclusiones.

II. El derecho administrativo en los Estados Unidos de América. Evolución de sus Perspectivas y categorizaciones.

¹ Philip Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, 2014

² Adrian Vermeule, No: Is Administrative Law Unlawful? , Professor of Law, Harvard Law School, 93 Tex. L. Rev. 1547, 2015.

³ Humberto Briceño León, *El Common Law y el Derecho Continental: Tendencias en el Derecho Público Contemporáneo*, Revista de Derecho Público, No. 46, Editorial Jurídica Venezolana, 1991.

⁴ Humberto Briceño León, *Derecho Administrativo y Separación de Poderes. USA, Francia y Alemania*, Editorial Paredes, Caracas, 2012.

⁵ Corte Suprema de Justicia de USA, caso *Chevron*, 467 U.S. 837 (1984)

El debate que planteamos tiene su origen en la propia Constitución de USA, algunos han sostenido que los arquitectos fundadores de esa Nación fueron liberales en la concepción que tenían sobre el Estado que construyeron.⁶ Con esa tesis, el Profesor de leyes de la escuela de derecho de la Universidad de Boston Gary Lawson, destacó:

Durante el crucial debate de ratificación [de la Constitución] de Nueva York, James Madison, escribiendo como Publius, trató de disipar estos temores en el 45º Documento Federalista al enfatizar que la adopción de la Constitución crearía un gobierno de poderes enumerados y, por lo tanto, estrictamente limitados. Madison dijo: "Los poderes delegados por la Constitución propuesta al gobierno federal son pocos y definidos... [y] se ejercerán principalmente sobre objetos externos, como la guerra, la paz, la negociación y el comercio exterior...".⁷

Modernamente, la historia del derecho administrativo es presentada por la academia de USA atendiendo a diversas categorías las cuales reflejan los elementos esenciales del debate al que me refiero.⁸ En efecto, brevemente se observa que algunos autores centran su análisis sobre la evolución que al uso de poderes normativos de la administración se ha hecho en distintas administraciones o épocas, básicamente indicando la evolución del debate regulación v. desregulación;⁹ otros atienden a la posición que las cortes han adoptado al tratar el tema de la delegación de autoridad normativa que el congreso ha intentado hacer al ejecutivo durante la historia en USA; también se advierten proposiciones que ordenan la historia, por cierto intermitente al respecto, según la existencia y evolución de la presunción de revisión judicial contra los actos de la administración o el alternativo requerimiento de autorización legislativa para su admisión;¹⁰ otra perspectiva describe la historia según las variaciones que han ocurrido respecto a la legitimación para recurrir judicialmente contra actos administrativo,¹¹ esa evolución partió de negar que daños por si solos autorizara la

⁶ Ver Steven G. Calabresi, SYMPOSIUM: The Classical Liberal Constitution: On Liberty, Equality, and the Constitution: A Review of Richard A. Epstein's The Classical Liberal Constitution, 8 NYU J.L. & Liberty 839, 8 NYU J.L. & Liberty 839,

⁷ Gary Lawson, Professor of Law at the Boston University School of Law, Limited Government, Unlimited Administration: Is it Possible to Restore Constitutionalism? Heritage Foundation, <https://www.heritage.org/political-process/report/limited-government-unlimited-administration-it-possible-restor>

⁸ Ver, H. Briceño, supra nota 4.

⁹ Id.

¹⁰ Nicholas Bagley, The puzzling presumption of Reviewability, 127 Harv. L. Rev. 1285

¹¹ William Funk, Standing Doctrine as a Barrier to Judicial Policing Agency Action in the United States, Germany, and the European Union, <http://ssrn.com/adstract=2358076>

revisión judicial sino hubiesen derechos privados legislativamente acordados, pasó luego a la habilitación legislativa a partes privadas para pedir judicialmente la ejecución de una ley en forma adversarial buscando reivindicar derechos públicos sin que el peticionario tuviese un derecho legal privado explícito a obtener ese remedio pero si afectado o agraviado adversamente –actualmente se requiere, por razones constitucionales no legales, para la legitimación un concreto y particularizado daño causado por una ilegal actuación, no solo económico también por transgresiones a derechos como a la recreación, a la salud pública, a recibir información del gobierno, incluso las cortes han reconocido que organizaciones puedan demandar en nombre de uno o más de sus miembros, si alguno de ellos tuviese legitimidad para hacerlo por si solo, en los últimos años la Corte Suprema de Justicia de USA ha encontrado legitimidad para los impugnantes en causas donde existan razonables riesgos y probabilidades de sustanciales daños–.

Antes de la gran depresión que comenzó con la caída del mercado de valores en 1929, la visión que prevaleció en las cortes y en las legislaturas de USA fue fundamentada en la teoría económica de dejar hacer, caracterizada por la ausencia de regulaciones gubernativas a los negocios con la excepción de los servicios públicos como el gas, agua, electricidad y teléfono que llamaron monopolios naturales. La doctrina imperante sobre la función y actuar de la administración estaba basada casi exclusivamente en la doctrina constitucional de la separación de poderes. La gran depresión produjo el New Deal que expandió la creencia en la habilidad del gobierno para regular la economía y así remediar los excesos del “dejar hacer, dejar pasar”. En cuanto a dicha controversia explica el académico Steven G. Calabresi:

En retrospectiva, el momento clave del triunfo doctrinal en la jurisprudencia de la Corte Suprema por la hostilidad progresista/del New Deal a los ideales liberales clásicos de libertad e igualdad llegó con la decisión en Estados Unidos v. Carolene Products. En ese caso, la Corte Suprema anunció que en adelante, toda legislación económica y social que privara a las personas de la vida, la libertad o la propiedad sería aprobada por los tribunales y sería confirmada si tuviera alguna base racional concebible. "La legislación reglamentaria que afecta a las transacciones comerciales ordinarias no debe declararse inconstitucional a menos que a la luz de los hechos conocidos o generalmente asumidos sea de tal carácter que impida la suposición de que se basa en

alguna base racional dentro del conocimiento y experiencia de los legisladores”¹²

Para implementar esas regulaciones el Congreso creó agencias que se suponían apolíticas y técnicamente capaces para gerenciar la economía científicamente. Esto llevó a una explosión de las regulaciones, por ejemplo, a industrias particulares en materia de comunicaciones y valores financieros. No obstante, las agencias resultaron más políticas y menos capaces de lo que se esperaba, lo que trajo a su vez una explosión de los litigios de las empresas contra las regulaciones. Después de un periodo inicial en el que la Corte Suprema de Justicia resistió fuertemente por razones constitucionales las regulaciones gubernamentales, accedió a la constitucionalidad de la mayoría de las agencias y regulaciones del New Deal. La Corte más bien desarrolló fórmulas de control sobre esas entidades basadas en el Common Law, buscando regularidad procedimental reproduciendo muchos de los esquemas de los procedimientos judiciales y aplicando vigilancia sobre las entidades administrativas respeto a su actuar para que fuesen sustancialmente adecuadas. Los intereses de las empresas, no contentas con el régimen judicial creado, influyeron en el Congreso buscando legislación que los protegiese y así en 1946 se dictó la Ley Federal de Procedimientos Administrativos (APA) como un compromiso entre las empresas y el poder ejecutivo. Esa ley codificó parcialmente los desarrollos a los que había llegado el Common Law y ha permanecido sin reformas a lo largo del tiempo.

Ciertamente la APA ha sido objeto de sustanciales interpretaciones judiciales a lo largo de los años, particularmente en los años 70 en los que se produjo la segunda gran ola regulatoria en la que el énfasis se puso en proteger el ambiente, la salud y la seguridad industrial; por ejemplo, se dictó la Ley de Protección Ambiental para las Agencias (EPA), la Ley de Administración de Seguridad y Salud Ocupacional (OSHA), la Ley que creó la Comisión para la Seguridad de Productos a los Consumidores (CPSC). Este tipo de regulaciones fueron interpretadas, no para proteger a los sujetos del gobierno, como si lo fue durante la era del surgimiento de la APA, ahora más bien

¹² Steven G. Calabresi, SYMPOSIUM: The Classical Liberal Constitution: On Liberty, Equality, and the Constitution: A Review of Richard A. Epstein's *The Classical Liberal Constitution*, 8 NYU J.L. & Liberty 839, 8 NYU J.L. & Liberty 839, 922-923.

destinadas a proteger a los beneficiarios de estas nuevas regulaciones: trabajadores, consumidores y a los defensores del ambiente. Durante esta década de los años 70 también se desarrolló con intensidad lo que se conoció como beneficios gubernamentales, los cuales acordaron ayudas del gobierno a personas en ciertas circunstancias, por ejemplo, para el trabajador discapacitado. Para este tipo de beneficios las cortes no acordaron protección procedimental, no fueron considerados derechos de los sujetos beneficiarios, no se estimaron como parte de su derecho de propiedad, esa doctrina se fundamentó en la constitucional cláusula del Debido Proceso; recordemos al respecto la distinción que con el mismo objetivo se formuló en algunos países latinoamericanos, señaladamente en Venezuela entre derechos y privilegios.

Durante la década de los ochenta y años subsiguientes la preocupación se puso en el análisis costo-eficacia de las regulaciones lo que condujo a nuevas leyes y órdenes ejecutivas presidenciales diseñadas para reformar varias regulaciones gubernamentales atendiendo al criterio costo-eficacia o para eliminarlas al desregularizar formalmente áreas reguladas; así se eliminó en 1996 la Comisión de Comercio Interestatal que había sido creada en el siglo XIX. Si bien no se ha reformado la APA el Congreso ha dictado leyes creando nuevos procedimientos por ejemplo la Ley de Regulación Flexible que requiere que las agencias administrativas hagan el análisis costo-beneficios para cualquier regulación que tenga un impacto sustancial en pequeños negocios.

I. El Debate Hamberger v. Vermeule.

El Profesor Philip Hamberger, en el 2014 publicó su polémico libro *¿Es el derecho administrativo ilegal?*¹³ y en el 2017 *La Amenaza Administrativa*.¹⁴ Él es el crítico más prolífico anti-Chevron en la historia de USA. El caso Chevron,¹⁵ al que me referiré adelante, es la expresión más enarbolada contra la doctrina judicial que acepta sean

¹³ Id.

¹⁴ Hamberger, Philip A., *The Administrative Threat* (2017). *Faculty Books*. 22. <https://scholarship.law.columbia.edu/books/22>

¹⁵ Corte Suprema de USA, *supra* nota 5.

las agencias administrativas las que completan y aclaran las vaguedades o silencios de la ley, es decir que sea deferida a la administración esa función. Para el autor comentado, el presidente ejerce en un trono poderes extralegales o supralegales. En su obra afirmó categóricamente que el llamado Estado Administrativo es una abominación política y un motor de la tiranía. El autor traza el origen del derecho administrativo en Francia y Alemania que estableció en nuestras sociedades un orden absolutista de naturaleza prusiano.¹⁶ De acuerdo a la tesis, el absolutismo extra-legal fue consolidado por el sistema de derecho administrativo vinculado a la llamada “era progresista”, esto es, a la severa actividad regulatoria vinculante e intervencionista del gobierno que se impuso a partir del New Deal. Procedimentalmente, de acuerdo con la posición esbozada por el académico, se fueron combinando funciones y poderes para las agencias administrativas destinadas a emitir normas y actos administrativos obligantes en contraste con el sistema de separación de poderes y especialización funcional y con base en las críticas expuestas se afirmó que esas administraciones no fueron en verdad ni especializadas, ni representativas, y para fundamentar esa posición los jueces crearon una abundante jurisprudencia para deferir a las agencias administrativas muchos de los asuntos que el académico mencionado entiende reservados al legislador y por supuesto fuera de la esfera del ejecutivo; de este modo, esas doctrinas jurisprudenciales condujeron, en opinión del autor referido, a un abandono de la función judicial.¹⁷ Reconoce Hamberger que en algunas áreas del derecho se ha confiado en la noción de Constitución viva, en los precedentes, y en perspectivas prácticas, pero para él esos elementos están lejos de ser sustancialmente suficientes para justificar el poder absoluto.¹⁸ Entiende el crítico que el derecho administrativo es inconsistente con la original interpretación que se le dio a la Constitución o incluso con la mejor interpretación que a esa Carta pueda darse. Sostiene que el derecho administrativo autoriza al ejecutivo a ejercer poderes legislativos al autorizar a las agencias y al presidente a emitir órdenes y normas obligantes, acordando así a las agencias prerrogativas para actuar extra o supra legalmente, deslegitimado de esta forma el Estado Administrativo. De este modo lo hizo

¹⁶ Id. at 505

¹⁷ Id. at 280

¹⁸ Id. at 492

la Corte en el caso de Chevron, calificado por Hamberger como imperialista. La doctrina de la delegación en Chevron¹⁹ que ahora reina y que abordaré más adelante es la teoría oficial adoptada por la Corte Suprema de Justicia de USA hace casi cuatro décadas. Agregó el crítico que la Constitución de USA prohíbe al legislador renunciar al poder tributario, de este modo, sostiene que ese poder reside exclusivamente en el legislador.²⁰

Por su parte el Profesor de Harvard Adrian Vermeule escribió en el 2015 su trabajo "No: ¿Es el derecho administrativo ilegal?"²¹, en él plantea una fuerte oposición al trabajo de Hamberger en defensa del derecho administrativo. Vermeule defiende el derecho administrativo desde la doctrina de la delegación de autoridad, el poder tributario, y la separación de poderes que incluye la separación de funciones en agencias administrativas. Para el autor, el derecho administrativo que comenta se sostiene sobre la validez de autorizaciones legislativas que posee, actúa ejerciendo la autoridad del poder acordado por estatutos legislativos, por lo cual los órganos administrativos actúan legalmente en el sentido ordinario del término. Afirma el académico que Hamberger malentiende el derecho administrativo de USA; la mayor crítica que Hamberger sostiene contra el derecho administrativo de USA es que permite la sub-delegación o la re-delegación de poderes legislativos del Congreso para las agencias, alegando para ello la vieja máxima *delegata potestas non potest delegare*. Para Vermeule la doctrina oficial es que el derecho administrativo no acuerda delegación alguna de poder legislativo siempre y cuando ese legislador haya impuesto el "principio inteligible" para guiar el ejercicio de la discreción delegada, de esta forma donde existe tal principio, el delegado está ejerciendo poder ejecutivo, no poder legislativo.²² Este principio es un estándar para la revisión de los casos de no-delegación, articulado por primera vez por la Corte Suprema de Justicia de USA en 1928 en el caso *J.W. Hanpton Jr., & Co. v. United States*.²³ Este estándar ordena que si el Congreso establece un inteligible principio para una persona o un órgano autorizado,

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de USA, supra nota 5.

²⁰ Hamburger, supra nota 1.

²¹ Adrian Vermeule, *No: Is Administrative Law Unlawful?*, Professor of Law, Harvard Law School, 93 Tex. L. Rev. 1547, 2015

²² Id. at 1556

²³ Corte Suprema de Justicia de USA, 276 U.S. 394 (1928).

está obligado a actuar conforme a esa voluntad legislativa, sino sería una delegación de poder legislativo prohibida. Con base en la justificación de la Corte, el principio inteligible requiere que el Congreso articule claramente una "política y un plan" y permite que el Congreso otorgue al ejecutivo la autoridad para ejecutar ese plan.²⁴ En defensa del derecho administrativo, sostiene el autor, que si el único requisito fuese que el delegado actúe dentro de los límites de la autorización legal, la legislatura podría ciertamente delegar el poder legislativo al ejecutivo de modo excesivamente amplio o abierto; exigir que la agencia actúe dentro de los límites de la autorización legal no es suficiente, debe complementarse con requisitos y estándares adicionales que las cortes imponen para no admitir y así vigilar autorizaciones legales demasiado amplias o vagas. En tal sentido, según Vermeule, para evitar la abdicación del legislativo en el ejecutivo, la doctrina del "principio inteligible" separa del poder legislativo la función del poder ejecutivo, destinada a "completar los detalles, prescribiendo la dirección general de la política".²⁵ De acuerdo con estas ideas el Congreso no puede delegar su poder legislativo al Presidente, esto es un principio universalmente reconocido, vital para la integridad y el mantenimiento del sistema de gobierno, por tal razón la facultad de dictar normas administrativas no es una delegación del poder legislativo, en efecto, esa tarea ejecutiva es indispensable para completar los detalles de los estatutos con normas vinculantes, ese tipo de regulación no compite con el poder legislativo, ni lo desplaza, lo completa.

El mismo problema básico se presenta con respecto al tratamiento de la delegación y el poder impositivo. Hamburger, según el defensor del derecho administrativo de USA, se aparta del derecho constitucional y administrativo de USA cuando cuestiona pueda el ejecutivo gravar con autorización legislativa; según el crítico, la Constitución le prohíbe al legislador renunciar a este poder, lo que para el defensor del derecho administrativo de USA parece más bien referirse al constitucionalismo propuesto por los jueces del derecho consuetudinario inglés del siglo XVII. La teoría del derecho administrativo no es que el Congreso delegue su poder legislativo para gravar al ejecutivo, la teoría es que no ha habido tal delegación

²⁴ Meaghan Dunigan, *The Intelligible Principle: How t Briefly Lived, why it Died, and why it Desperately Needs Revival in Today's Administrative State*, 91 St. John's L. Rev. 247.

²⁵ Id. at 1559.

de poder legislativo en absoluto mientras exista un “principio inteligible”. Niega Vermeule exista algún problema especial acerca de las autorizaciones estatutarias para que pueda el ejecutivo ejercer poder impositivo. La Corte Suprema de los Estados Unidos abordó esta misma cuestión en 1989 en *Skinner v. Mid-America Pipeline Co.*, y sostuvo:

No encontramos apoyo, entonces, para la afirmación de *Mid-America* de que el texto de la Constitución o las prácticas del Congreso requieren la aplicación de la doctrina de no delegación diferente y más estricta en los casos en que el Congreso delega autoridad discrecional al Ejecutivo bajo su poder impositivo.²⁶

La autorización legal del poder impositivo no está sujeta a un escrutinio especial; al respecto, opina el defensor del derecho administrativo de USA, se ha examinado la historia legislativa desde los primeros días del Congreso hasta el presente, y no se encuentra razón alguna para tratar los impuestos de manera diferente a como se ha hecho en relación con la doctrina general de la delegación.²⁷

Respecto a la separación de poderes Vermeule, en contra de las críticas expuestas, describe la secuencia jurídica de tal principio: el Congreso decreta, el presidente aprueba y la Corte sostiene la ley contra la impugnación que alegó la combinación de funciones. Se pregunta Vermeule ¿De dónde diablos piensa Hamburger que vienen las funciones de combinadas de la agencia? ¿Piensa Hamburger que a las agencias se le han otorgado tales poderes sobre la base de algún tipo de "prerrogativa"? La combinación de funciones en las agencias resulta de la operación del sistema de poderes legislativo, ejecutivo y judicial separados.²⁸

II. La Doctrina de la Delegación y No Delegación de Autoridad. Caso Chevron.

El Congreso de USA delega poderes a las agencias administrativas para que ejerzan sus funciones y deben satisfacer los límites de la Constitución para el ejercicio de ese poder. Esa doctrina es la llamada delegación de autoridad y su contrapartida es la de

²⁶ Corte Suprema de USA, 490 U.S. 212 (1988).

²⁷ Vermeule, *supra* nota 21, at 1562.

²⁸ *Id.* at 1564.

no delegación. Esta doctrina se ha planteado en dos líneas fundamentales. La primera línea, concierne a las leyes federales que delegan poder cuasi-legislativo a las agencias para emitir normas que producen efectos legales sobre los ciudadanos; el tema central en estos casos es si el Congreso ha otorgado excesiva discreción a las agencias abdicando su responsabilidad de ejercer sus constitucionales poderes legislativos. La segunda línea corresponde a las leyes federales que delegan poder cuasi-judicial en la administración para aplicar las leyes a casos particulares que afectan los derechos de las partes, socavando así los poderes jurisdiccionales de las cortes.²⁹ Abordaremos por su importancia el primer tema, el relacionado con los poderes legislativos en el cual se enfoca este trabajo.

El problema surge cuando el Congreso acuerda poderes normativos a una agencia y se cuestiona si esa particular regulación emitida por la agencia traspasó la esfera de los poderes que el Congreso acordó o podía acordar a la entidad pública. También se problematiza en cuanto a si los poderes acordados a la agencia son excesivamente amplios y por ello no permitidos constitucionalmente, es decir, si constituyen una abdicación de la función legislativa constitucional a favor del ejecutivo. En la evolución del tema sobre los poderes cuasi-legislativos se ha afirmado que el Congreso sí puede delegar estos poderes mientras la ley haya expuesto un principio inteligible que la agencia cumpla, principio este al que me referí antes. La interpretación de la Corte Suprema de USA de ese principio ha autorizado al Congreso a acordar amplios poderes normativos a las agencias federales.

En los años treinta la Corte Suprema de Justicia de USA elaboró lo que se dio en llamar la doctrina de la no delegación de autoridad. El primer caso fue *Panamá Refining Co v. Ryan*³⁰ en 1935 vinculado a la era de la gran depresión económica de USA y al New Deal; en este caso, la Corte constató la inconstitucionalidad de una norma debido a la inexistencia del principio inteligible en la ley que siguiera el Presidente para determinar cuándo él podía prohibir el envío interestatal de petróleo caliente. El segundo caso, también resuelto en 1935, fue *A.L.A. Schechter Poultry*

²⁹ Ver en general William F. Funk & Richard H. Seamon, *Administrative Law*, quinta edición, Wolters Kluwer, Estados Unidos de América, 434, (2016), especialmente paginas 28-35, 277-295

³⁰ Corte Suprema de Justicia de USA, *Panamá Refining Co v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935)

Corp. V. United States.³¹ En este caso la Corte anuló una provisión que autorizaba al Presidente a aprobar un código de libre competencia. Es muy importante, a los efectos del debate planteado, tener presente que la Corte Suprema de Justicia de USA nunca ha desautorizado o revocado sus decisiones Panamá Refining y Schechter Poultry, técnicamente continúan vigentes. En el caso Whitman v. American Trucking Assns³², resuelto en el 2001, ese tribunal de justicia reafirmó la doctrina de la no delegación al decidir que no se violó la Constitución, pero sí confirmó la regulación administrativa, aceptó el Tribunal que las regulaciones administrativas que juzgaba fueron dictadas de acuerdo a los estándares que la ley acordó, los cuales consideró constitucionalmente adecuados al haber prescrito que la agencia podía dictar los requisitos para proteger la salud pública con un adecuado margen, y así estimo que el Congreso dictó esas autorizaciones dentro de los márgenes de las limitaciones que ha señalado esa Corte en sus precedentes sobre la no delegación.

En 1984 la Corte Suprema de USA decidió el caso Chevron, U.S.A., Inc. V. Natural Resources Defence Council, Inc.,³³ que es, como antes afirmé, el más citado y debatido en la historia del derecho administrativo de USA. Se debatió en este caso sobre la Clean Air Act, en concreto como debía calcularse la contaminación que al exceder el estándar impuesto obligaba a los dueños de las grandes fuentes de polución no móviles a modificar aquellas que incrementan la contaminación. La Agencia de Protección Ambiental adoptó una regulación en la que interpretó el término “fuentes no móviles” como el conjunto de chimeneas ubicadas contiguas en el área de la fábrica. La interpretación permitía evitar algunos de los estrictos requisitos inherentes a la modificación de sus instalaciones, al poder compensar cualquier aumento en la contaminación de una chimenea al disminuir las emisiones de otra chimenea en la instalación del complejo industrial para que la emisión total de toda la instalación no aumentase. Un grupo ambientalista alegó que esa interpretación permitía en muchos casos evadir las estrictas restricciones al poder la industria calcular la polución que producía en conjunto y no en cada chimenea. La Corte estimó que la interpretación que al término “fuentes no móviles” dio la agencia permitía cierta flexibilidad e incluso

³¹ Corte Suprema de Justicia de USA, A.L.A. Schechter Poultry Corp. V. United States

³² Corte Suprema de Justicia de USA, Whitman v. American Trucking Assns.,

³³ Corte Suprema de USA, 467 U.S. 837 (1984)

expansión económica, por lo cual la perspectiva regulatoria de la agencia fue considerada por la Corte como razonable y permisible.

Para la Corte el tema fue si el Congreso había hablado sobre la cuestión planteada; determinó que al respecto la ley era silente, que no había directamente abordado el punto frente a lo cual también estimo que tampoco podía (la Corte) imponer su propia idea sobre cómo debía aplicarse en concreto la ley. La ley para la Corte guardó silencio y era ambigua con respecto a la situación específica, así que la cuestión para el Tribunal fue si la respuesta de la agencia estaba basada en una permisible aplicación e interpretación de la ley. Consideró la decisión judicial que el programa de la agencia necesariamente requería fueran llenados los vacíos implícitos y explícitos que el Congreso había dejado. Si el Congreso había explícitamente dejado el vacío para que lo llenara la agencia eso constituía una expresa delegación de autoridad para que la agencia dilucide por medio de una específica regulación administrativa el tema en concreto. Esa regulación, de acuerdo con la Corte, no podía ser arbitraria, caprichosa, o manifiestamente contraria a la ley federal. Para el Supremo Tribunal de USA la delegación del Congreso también puede ser implícita o permisible aún si para Corte no es la mejor, en cuyo caso no puede subsanarse el silencio, ambigüedad, o vaguedad con el criterio judicial respecto a cómo ha de aplicarse la ley en concreto, ha de hacerlo una interpretación razonable de la agencia. En síntesis, los argumentos contra Chevron rechazan su presunción legal según la cual el lenguaje vago del Congreso crea autoridad interpretativa para las agencias.

Respecto a las críticas a la delegación que envuelve el caso Chevron, en un caso del 2013 la opinión disidente del juez John Roberts en el caso *City of Arlington v. FCC*,³⁴ condenó la combinación de poderes ejecutivo, legislativo y judicial de las agencias como "casi la definición misma de tiranía". Estos argumentos contra la delegación plantean cuestiones teóricas sobre lo que significa "legislación". Por ejemplo, ¿es legislar una declaración verbal de normas jurídicas totalmente separada de la aplicación ejecutiva? Si es así, ¿cuánta especificidad es necesaria para aislar al poder "legislativo" de aquel que simplemente "hace cumplir" la ley? Al mismo tiempo, si la legislación significa la creación de normas jurídicas en la práctica efectiva deben

³⁴ Corte Suprema de Justicia de USA, 569 U.S. 290, 294 (2013)

implicar algún tipo de implementación, pero ¿en qué capacidad y en qué medida?³⁵ Al respecto, resulta interesante la opinión del Profesor Green según la cual los conservadores de la era Reagan como el Juez Antonin Scalia celebraron que Chevron era compatible con la separación de poderes, y la Corte Suprema consideró el delegar a la administración como una práctica perfectamente normal durante casi doscientos años. Para algunos, esas evidencias históricas respaldan los argumentos normativos que sostienen que Chevron es consistente con las estructuras básicas del derecho constitucional. Revocar a Chevron sería, según el autor que comentamos, la decisión más radical en la historia moderna sobre la estructura constitucional que trastocaría cientos de precedentes, miles de disposiciones legales e innumerables decisiones de agencias.³⁶

III. Constitucionalismo Administrativo Democrático.

Se afirma que los redactores de la Constitución de USA reconocieron la importancia de la adaptación constitucional al adoptar disposiciones constitucionales vagas cuyo significado podría así transitar el proceso de ajuste a los diversos cambios que la vida social va requiriendo.³⁷

Los órganos administrativos deben emitir sus criterios sobre el significado de la ley, fundamentalmente de aquellos que impacten el sistema normativo constitucional; esos juicios de valor de las agencias al interpretar las leyes es lo que se define como constitucionalismo administrativo.³⁸

Lo que fue una economía agraria local se ha transformado en una economía industrial-de servicios-tecnológica nacional y global; los trenes, aviones y automóviles reemplazaron al caballo y las carretas; los teléfonos móviles, los correos electrónicos y los tweets han superado al correo postal y los telégrafos; más relevante aun, una sociedad que una vez no solo toleró, sino que en algunos contextos abrazó la esclavitud de toda una raza, que discrimino a las mujeres, que denigró de la

³⁵ Craig Green, *Chevron Debates and the Constitutional Transformation of Administrative Law*, 88 Geo. Wash. L. Rev. 654, 706, (2020)

³⁶ Id. at 655

³⁷ Bertrall L. Ross II, *Embracing Administrative Constitutionalism*, 95 B.U.L. Rev. 519, 523.

³⁸ Bertrall L. Ross II, *Embracing Administrative Constitutionalism*, 95 B.U.L. Rev. 519, 529.

homosexualidad y marginó otros grupos, hoy se ha convertido en una sociedad que aspira y promueve la igualdad de trato de todos los individuos.

La doctrina constitucional ha reconocido ampliamente la necesidad de adaptación a los contextos sociales cambiantes, lo cual conlleva a las estructuras sociales, a la tecnología y, lo que es más importante, a los valores públicos; ello demanda el rol del constitucionalismo administrativo para complementar otras formas de adaptación como la que proviene del constitucionalismo judicial que, sin duda, ha adaptado con frecuencia la Constitución a los contextos sociales variables mediante el ajuste de los principios constitucionales.³⁹

Cuando se trata de la aplicación o desarrollo por parte del Congreso de las disposiciones de derechos constitucionales, como las contenidas en las enmiendas relacionadas con los derechos fundamentales, las cuales también tienden a ser vagas, los tribunales han desarrollado doctrinas sólidas que prescriben sus significados, y ciertamente, sin haber abandonado la doctrina del caso Chevron, más bien incorporando otros requisitos rigurosos.⁴⁰

Si bien las agencias tienden a recurrir a la doctrina judicial cuando se involucran en el constitucionalismo administrativo, no se limitan a seguir rigurosa o literalmente ese constitucionalismo judicial, las agencias a menudo interpretan creativamente la doctrina judicial tanto de manera expansiva como rígida.⁴¹ En otras palabras, las agencias no pretenden decidir lo que el texto de la Constitución requiere directamente, o resolver disputas sobre el significado constitucional; simplemente utilizan los valores constitucionales como guía de fondo a medida que desarrollan el significado que ha de dársele a los estatutos o leyes.

En el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, la creencia de los tribunales en la experiencia de las agencias disminuyó a medida que percibieron la creciente influencia que los grupos de interés ejercían en la toma de decisiones de esas agencias. Consecuentemente, las agencias recurrieron más a la elaboración de normas de notificación y comentarios como herramienta reguladora a fines de la década de 1960, lo cual brindó a los miembros del público mayores oportunidades de

³⁹ Bertrall L. Ross II, *Embracing Administrative Constitutionalism*, 95 B.U.L. Rev. 519, 523-525.

⁴⁰ Id. en 528

⁴¹ Id. en 530

participar en el desarrollo de regulaciones. Así un modelo de representación de grupos de interés suplantó el modelo de la supuesta experticia de las agencias previamente dominante en el derecho administrativo; luego, una vez que el Presidente Ronald Reagan inició el proceso de revisión regulatoria en la década de 1980, un modelo de control presidencial del derecho administrativo en el que se entendía que las acciones de las agencias eran dirigidas por o al menos responsables ante el Presidente, complementó y reemplazó parcialmente el modelo de representación de grupos de interés. Fueron núcleo de múltiples controversias constitucionales, por ejemplo, el significado de la igualdad de protección bajo la Decimocuarta Enmienda y las prohibiciones sobre la negación o reducción del derecho de voto bajo la Decimoquinta Enmienda; en la medida en que las agencias fueron abordando estas cuestiones conforme a las guías del constitucionalismo judicial, la administración adaptó su constitucionalismo administrativo al que fue predominando, entre otras razones, por efecto de las decisiones judiciales.⁴²

De este modo, las cortes han desarrollado estándares de legalidad y constitucionalidad como el relacionado con “arbitrariedad y capricho” de la APA federal, el relacionado con “hard look” que los tribunales aplican en casos vinculados a derechos fundamentales, o el de la “revisión rigurosa” cuando la administración debe considerar los comentarios del público a una norma propuesta.

Los principios constitucionales se derivan de fuentes tan amplias como las declaraciones contemporáneas de propósito, las expresiones modernas de valores de los movimientos sociales y el sentido generalizado de justicia de los ciudadanos. Por lo tanto, los jueces deben complementar la interpretación constitucional con una construcción constitucional basada muchas veces en consideraciones externas al mismo texto, como la evolución de las realidades sociales y los principios políticos, e incluso el sistema de partidos políticos.

Hoy el constitucionalismo administrativo impone salvaguardar y atender adecuadamente a los principios y valores de libertad y democracia. La academia de derecho administrativo de USA se ha ocupado de formular recomendaciones y sugerencias sobre el tema. Esas doctrinas parten reconociendo la necesidad de

⁴² Id. en 531-534.

acordar poderes normativos a la administración sin los cuales es difícil sino imposible la operación eficiente del estado contemporáneo, al mismo tiempo observan la necesidad de contrarrestar fórmulas que conducen a la dominación de la sociedad y por ello antidemocráticas. Se objetan así aquellas perspectivas que pudiesen excluir a la población y a los ciudadanos del ejercicio de control, de participación, de obtención y sometimiento de información a ser considerada por la administración, de opinar, y en general de participación y cooperación activa en el proceso de interpretación que a los valores constitucionales de la administración. Estos requerimientos democráticos se plantean para la administración pública tanto para la aplicación particular como para la ejecución de las leyes, es decir, tanto para el ejercicio de sus facultades de adjudicación, esto es, de emisión de actos administrativos creadores o restrictivos de derechos subjetivos a particulares; como para la emisión de regulaciones para cuya facultad le han sido delegados poderes.

Se ha planteado que cuando el Congreso delega el poder de hacer reglas con fuerza normativa a las agencias administrativas, debe imponerse el "principio inteligible" al cual antes me referí. Este principio tuvo su apogeo como reacción conservadora al New Deal, ahora se propone su revitalización. En los casos en los que se ha planteado este principio contemporáneamente, los jueces de la Corte Suprema de USA Thomas y Gorsuch han invocado los valores de libertad y democracia para justificar el renacimiento de este principio; el Magistrado Rehnquist, se adhirió a Thomas y Gorsuch al invocar la responsabilidad legislativa ante el pueblo como una razón para restringir la capacidad del Congreso de delegar al ejecutivo opciones de política relativas a los derechos particulares o privados.⁴³ Esta visión observa en concreto que se infringe la libertad cuando se coloca a las partes en la posición de tener que adivinar cuál es la ley porque la agencia tiene una discreción significativa para interpretar la ley y cambiar sus interpretaciones; la libertad se obstaculiza con delegaciones legislativas a las agencias que socavan la previsibilidad y la consistencia, se lesiona ese valor con interpretaciones retroactivas hechas sin la debida consideración a los intereses que crea la confianza legítima en las regulaciones

⁴³Blake Emerson, Liberty and Democracy Through the Administrative State: A Critique of the Roberts Court's Political Theory, *Hastings Law Journal*, Volume 73 Issue 2 Article 5, 371 (2022)

vigentes para los ciudadanos; desde esta óptica la retroactividad es un problema importante en algunos campos en los que se aplica la delegación del caso Chevron, las partes o interesados quedan obligadas por una interpretación que no estaba previamente en vigor y de la que no tenían conocimiento; la Corte debe permitir se defieran a la administración únicamente poderes de interpretación legal con efectos prospectivos o futuros para la formulación de políticas sólo en aquellas situaciones en las que no se impongan nuevas responsabilidades o cargas a las partes o particulares.

⁴⁴ Esta aproximación sugiere una fórmula que se entiende mucho más prometedora para asegurar la libertad de las personas respecto a reglas para cuya emisión no han tenido voz, propone estructurar el proceso administrativo de manera que facilite la participación y la impugnación de las partes afectadas, de esa manera el público puede ejercer influencia en los procedimientos de la agencia.⁴⁵ Tal compromiso democrático a veces puede conducir a una resolución pública a favor de una visión en particular; cuando se desarrolla un consenso en torno a esa particular perspectiva, las personas pueden movilizarse para la adopción general de la solicitud a través de litigios en los tribunales o aportes a la elaboración de normas en las agencias.

La coexistencia de las decisiones constitucionales administrativas y judiciales permite que el diálogo público se base en su efecto operativo, quiero decir, real sobre los ciudadanos, de este modo los movimientos sociales o incluso los ciudadanos comunes podrían aún con una posición desfavorable de la administración, buscar la adaptación constitucional a través de litigios, así y como producto de un proceso administrativo verdaderamente deliberativo, estarían provistos con información para alegar qué tan bien las diferentes perspectivas promueven el principio constitucional.

Similares observaciones se han presentado sobre la adaptación constitucional, la cual puede ocurrir a través de la combinación de la participación popular y un diálogo que cuente con información en torno a cuál interpretación promueve mejor los principios constitucionales. La presión ciudadana legítima actuaría sobre los tribunales y agencias para que adopten esa mejor interpretación; para ese objetivo, las agencias para su proceso de toma de decisión podrían prescribir un sistema procesal para la

⁴⁴ Id. en 423-425

⁴⁵ Id. en 431

formulación normativa significativamente deliberativo en favor de la democracia.⁴⁶ Ese proceso convocaría a la participación, a la presentación y aceptación de opiniones divergentes o defensoras de la propuesta preliminar de las agencias, contaría con la obligación de los entes administrativos de responder y considerar las objeciones y propuestas presentadas, todo, por supuesto antes de dictarse la regulación correspondiente.

Según la tesis en comento, un proceso democrático deliberativo requiere la consideración equitativa de los aportes de individuos y grupos de interés en una decisión, las agencias deben dar una consideración justa a los comentarios públicos relevantes y justificar las reglas como un avance hacia el objetivo legal a la luz de la evidencia disponible, sería, de esta forma, un proceso democrático deliberativo en el sentido de que es ampliamente participativo, requiere que se considere igualmente la contribución de los miembros del público y exige explicaciones razonadas para las interpretaciones de la agencia.⁴⁷

Cercana a la tesis antes esbozada, está la que afirma como desafío persistente para el estado administrativo de USA reconciliar los vastos poderes de las agencias no electas con el compromiso con el gobierno del pueblo; muchas características de este derecho administrativo se han justificado, al menos en parte, como medios para concordar las realidades del poder de las agencias con los compromisos democráticos.⁴⁸ Esta perspectiva está a favor de un marco general para la revisión judicial que combine la exigencia de razonabilidad de baja intensidad con la posibilidad de un escrutinio riguroso cuando las acciones de la agencia amenazan con daños graves a los intereses básicos de las personas.⁴⁹ Sostiene esta escuela de pensamiento que la revisión de la razonabilidad es apropiada como norma básica, pero debe imponerse un deber de justificación mayor a las agencias cuando sus actos causan o amenazan con causar un serio daño a los ciudadanos; como consecuencia se sustenta que debe aplicarse con plena vigencia la doctrina de revisión judicial “hard

⁴⁶ Bertrall L. Ross II, *supra* nota 1, en 525

⁴⁷ *Id.* en 576

⁴⁸ Mathews, *Jud, Minimally Democratic Administrative Law* (February 22, 2016). *Administrative Law Review*, Forthcoming, Penn State Law Research Paper No. 8-2016, en 605. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2736426> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2736426>

⁴⁹ *Id.* en 643

look” y las doctrinas asociadas a la obligación de las agencias de responder a los comentarios significativos junto con el requisito importante de que las agencias pongan a disposición los datos que respaldan su acción.⁵⁰

Por último y de forma incidental menciono la doctrina Huida del Derecho Administrativo que fue formulada hace más de tres décadas en Europa Continental y que fue acogida con entusiasmo en España. La expresión Huida del Derecho Administrativo se ha empleado para referirse a lo que fue una creciente aplicación a entidades públicas de normas de derecho privado, fundamentalmente en países regidos por el derecho continental, señaladamente civil, mercantil, y laboral en detrimento de las de derecho administrativo que constituye, para la doctrina clásica, el derecho estatutario propio de la Administración Pública moderna, tanto en el sentido orgánico como funcional. Este fenómeno se ha relacionado fundamentalmente con la aparición y multiplicación de entes que debían, en opinión de la doctrina, estar sometidos en gran medida al derecho privado.⁵¹ Resulta interesante observar que la aplicación de esta tesis condujo a complicar el espectro normativo que debía regir para esas entidades. Como resultado, salvo algunas excepciones, no se aplicó exclusivamente el derecho privado ordinario a esos entes, más bien se creó una confusa proliferación y así combinación de normas de derecho privado junto a normas de derecho público. En efecto, en áreas como el correspondiente al derecho presupuestario, al control y rendición de cuentas, a las contrataciones, al régimen laboral, al de competencia y anti-dumping, entre otras, se mezclaron ambos tipos de sistemas normativos, dificultando la tarea, a los operadores jurídicos, de determinar qué regulaciones debían regir, claro, dependiendo de la esfera jurídica de la que se tratase, al igual que se complicó la determinación de la jurisdicción o esfera judicial ante la cual debían presentarse los litigios correspondiente. En suma, se estructuró un complejo espectro normativo que tenía como premisa básica la prevalencia del derecho privado:

⁵⁰ Id. en 645.

⁵¹ Juan José González López, *La «Huida del Derecho Administrativo» Como Factor Criminógeno*, Universidad de Burgos, *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, 3.a Época, n.o 16 (julio de 2016), págs. 375-412.

Pero esta toma inicial de postura favorable a la aplicación del Derecho privado no pasó sin críticas. Así, en 1972, ARIÑO ORTIZ (18) denunciará la inadmisibilidad de un sistema que permite que se adjudiquen contratos por valor de miles de millones de pesetas sin someterse a formas de garantía y sin auténtico control externo, todo ello porque se trata de entidades distintas del Estado que requieren agilidad en su actuación que por esta razón quedan convertidos en centros de poder exentos del sistema general de legalidad y de las garantías que el Derecho público impone.⁵²

IV. Observaciones a las Críticas al Derecho Administrativo.

Como se ha visto, el debate se mueve entre dos extremos que al representarlo como un continuo vemos en uno de sus extremos a los hipercríticos y en el otro a los defensores a ultranza del derecho administrativo tal y como funciona y se concibe hoy en día, al menos en USA. En el medio del continuo situó a quienes han propuesto algunas soluciones, aun cuando parciales, que han hecho avanzar el debate, tal vez haciéndolo más fructífero.

Las severas críticas me hacen formular una serie de preguntas para las cuales no consigo respuestas más o menos precisas de parte de quienes las han expuesto: ¿Debemos derogar todas las regulaciones administrativas o solo algunas de ellas? ¿cuáles, y sobre la base de qué criterio? ¿Si derogamos masivamente las regulaciones administrativas podrá el mercado mantenerse sano y cómo? ¿Debemos denunciar todos los acuerdos internacionales que se han establecido para mantener la sanidad del mercado internacional, como la Organización Mundial del Comercio? ¿Eliminamos la revisión judicial contencioso administrativo atendiendo a las críticas que le ha hecho parte de la doctrina clásica por anti-mayoritario y por ello anti-democrático? ¿Aun atendiendo a la catástrofe que nos enseñó el caso de la “burbuja de las hipotecas” en el 2008 debemos desregular completamente el sector bancario y financiero?⁵³ ¿Debemos excluir por completo a los gobierno de la administración económica empresarial haciéndonos eco del canon que predica el total fracaso de los gobiernos en

⁵² Silvia Del Saz Cordero, *la Huida del Derecho Administrativo: Últimas Manifestaciones. Aplausos Y Criticas*, *Revista de Administración Pública* 5 7 Núm. 133, en 64-65, enero-abril 1994

⁵³ Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States, The Financial Crisis Inquiry Commission, Submitted Pursuant to Public Law 111-21 January 2011, Official Government Edition, 17, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>

la gestión económica aun cuando hay ejemplos de éxito como el del caso de Noruega que en 1990 creó el Fondo Gubernamental de Pensión que ha colocado a sus ciudadanos entre los más ricos del mundo, obteniendo retornos en el 2017 por más de 131 mil millones de dólares? ⁵⁴ ¿Eliminamos las regulaciones administrativas que han creado y distribuido beneficios sociales para los más vulnerables como requiere la puesta al día de la doctrina contemporánea del neoliberalismo que si bien atiende a los imperativos de la economía de mercado también lo hace a valores fuera del mercado que soportan la necesidad de legitimación democrática?⁵⁵

Un célebre texto del maestro español Garrido Falla nos ilustra formidablemente en torno a las críticas al derecho administrativo y sus propuestas:

De otra parte, no es menos lícito haber considerado el Derecho Administrativo como la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal. En este sentido es explicable que la doctrina nacionalsocialista alemana intentase demostrar un tal sistema. Todo esto no deja de resultar paradójico: ¡al mismo tiempo el derecho administrativo es acusado de estatista por los liberales y de liberal por los totalitarios! Electivamente, del examen de la estructura interna del Derecho administrativo se desprenden argumentos para ambas posiciones extremas. Porque el sistema de Derecho administrativo se explica por el juego dialéctico de dos conceptos contrapuestos: prerrogativa administrativa y garantía del particular.⁵⁶

V. Conclusiones.

Las aseveraciones del maestro Garrido Falla nos colocan ante el debate; o bien optamos por la solución resultante de las extremas críticas liberales en sentido de la doctrina económica que son las conservadoras en el sentido político de USA, eliminando por completo los poderes normativos, discrecionales, y todas las prerrogativas y privilegios de la administración pública; o por el contrario tendemos al extremo opuesto aumentando y prescribiendo privilegios, prerrogativas y poderes exorbitantes descomunales a los gobiernos, lo que conduciría a la dominación totalitaria sobre nuestras sociedades.

⁵⁴ Jeff Megayo, *Norway's Oil Fund: Lessons for African Sovereign Wealth Funds*, Noteworthy The Journal Blog, Dec 29, 2020, (also see graphic: "Growth of the Fund over the years"), <https://blog.usejournal.com/norways-oil-fund-lessons-for-african-sovereign-wealth-funds-eac49b905634>

⁵⁵ David Singh Grewal & Jedediah Purdy, *Introduction: Law and Neoliberalism*, 77 *Law & Contemp. Probs.* 1, 1, (2014).

⁵⁶ Fernando Garrido Falla, *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, Nº 7, 1952, págs. 11-50, 37.

Creo que la solución óptima está en un punto intermedio del continuo que trazamos sobre el debate reseñado en torno a las críticas al derecho administrativo contemporáneo. La solución que sugiero se ubica en un punto en el que ocurra la rigurosa aplicación del sistema de protección a los derechos del individuo, a su esfera personal y patrimonial, contra los excesos de discrecionalidad, contra la arbitrariedad, que exija racionalidad, motivaciones razonadas, que se contesten y consideren las opiniones de los ciudadanos en un procedimiento ampliamente deliberativo, en el que las normas propuestas y emitidas sean producto de consensos suficientes y apropiados, bien informados que permitan conocer las regulaciones, sus fundamentos y sus consecuencias reales de modo prospectivo sobre los ciudadanos, nunca retroactivamente.

Ese punto del continuo, por otra parte, ha de admitir la necesidad en la sociedad contemporánea de poderes normativos para la administración, dirigidos fundamentalmente a mantener la sanidad del mercado y así el funcionamiento de la economía, poderes siempre controlables, sobre todo en causas en las que estén envueltos derechos fundamentales, con estándares rigurosos que se ejecuten como el vinculado a la verdadera finalidad de la ley, con los que se eviten excesivas vaguedades y falta de definiciones que permitan a la administración emitir inconvenientemente una gama indeterminable e impredecible de interpretaciones. Han de controlarse las regulaciones que obstaculicen el sistema de libertades democráticas tendentes a establecer fórmulas de dominación impermisibles sobre la sociedad. Igualmente deben proscribirse, en mi opinión, las prerrogativas y cláusulas exorbitantes que el derecho administrativo ha acordado a los gobiernos con la finalidad de establecer una relación jurídica administrativa mejor equilibrada, en la que la administración no cuente con poderes exorbitantes y por ello ilimitados para coartar o limitar las libertades y derechos individuales.

De esta forma, deben, en mi criterio, proscribirse los privilegios procesales de naturaleza judicial para los gobiernos, concibiendo un sistema de justicia administrativa con mayor grado de intersubjetividad en la que ciudadanos y gobiernos estén en condiciones de mayor igualdad, en la que puedan ejecutarse las decisiones judiciales sin privilegios descomunales para las entidades administrativas. En los sistemas de

derecho civil o continental se suelen acordar este tipo de privilegios discriminatorios de los derechos ciudadanos y superlativamente desiguales, fenómeno que no ocurre, al menos con esa agudeza, en las naciones regidas por el Common Law. A la vez esa concepción debe atender con justicia y equilibrio los requerimientos colectivos necesarios a la legitimidad democrática, sin atentar contra los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Las críticas extremas que he descrito no parecen proponer opciones realistas, viables a la operabilidad democrática y eficacia de los gobiernos contemporáneos. Abandonar por completo el derecho administrativo no es una opción factible, más bien sugiero tender al equilibrio en la relación jurídica entre ciudadano y la administración pública en aquellos aspectos concretos que invito a identificar como necesarios para fortalecer la perspectiva garantista del derecho administrativo y de control de los gobiernos.

Humberto Briceño León