

# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO NORTEAMERICANO (A PROPOSITO DE UNA NUEVA EXPOSICION SISTEMATICA DEL MISMO) \*

POR

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Profesor de la Facultad de Derecho de Madrid

SUMARIO: I. La obra y la significación del profesor Bernard Schwartz.—II. El Derecho Administrativo en Norteamérica; el «Administrative Law great debate» y la «Federal Administrative Procedure Act», de 1948.—III. El concepto y el alcance del Derecho Administrativo.—IV. Los llamados poderes judiciales o «quasi» judiciales de la Administración. La peculiaridad del sistema anglo-americano frente al sistema europeo. El control jurisdiccional final.—V. El significado último del Derecho Administrativo: la restauración de la igualdad y de la libertad.

## I

En 1976 ha aparecido en Estados Unidos un libro llamado a tener una extraordinaria relevancia en la no muy larga historia del Derecho Administrativo en ese país, el libro *Administrative Law* del profesor Bernard SCHWARTZ, profesor de la Universidad de Nueva York (1).

El profesor SCHWARTZ nos era conocido como uno de los más relevantes iuspublicistas americanos y en concreto como un administrativista destacado, y aún más particularmente, como quizá el mejor informado (en cuanto nos es conocido, al menos) sobre el Derecho Administrativo comparado (2). En efecto, conocíamos su gran obra, de extraordinario aliento, *A Commentary on the Constitution of the United States* (3), admirable obra aún no concluida, tras los tres tomos ya publicados (entre los cuales quizás destaque para nosotros, por la riqueza de su doctrina y el extraordinario interés del tema, el

---

\* Este artículo se publicará en el *Homenaje al Prof. Juan Galvañ*, en prensa.

(1) El libro está publicado por la editorial *Little, Brown and Company*, Boston-Toronto, 1976, 730 pp.; inmediatamente ha sido necesaria una reimpresión en el propio año 1976. No conozco aún reseñas críticas de la obra, aunque se trata, sin duda, de desconocimiento mío.

(2) Cfr. la referencia explícita que de él se hace en pp. 304 y 329 del tomo I (2.ª ed., reimpr. 1977, Ed. Civitas) del *Curso de Derecho administrativo* que estamos publicando con el profesor T. R. FERNÁNDEZ.

(3) Mac Millan, New York, 1963, 1965.

tomo III, *The rights of property*). Anterior es su importante obra *The Supreme Court. Constitutional Revolution in retrospect* (4).

Como administrativista comenzó su carrera publicando, tras un tiempo de estudio en el Cambridge inglés, *Law and the Executive in Britain. A comparative Study* (5) y *American Administrative Law* (6), los dos realizados haciendo un paralelo constante entre el Derecho inglés y el americano. Publica luego en francés, dentro de la colección del *Institut de Droit comparé* de la Universidad de París, el libro *Le Droit administratif américain. Notions générales* (7), que es obra distinta de la últimamente citada, y que compara sistemáticamente el sistema americano con el francés, contraste mucho más importante que el anterior por la relevancia de principio de los dos Derechos como expresión de sistemas diversos.

Este comparatismo culmina y se expresa en una obra más elaborada y analítica, la excelente *French Administrative Law and the Common-Law World*, 1954 (8), sin duda el libro, entre los que conozco, mejor elaborado para explicar ese contraste básico entre los dos sistemas jurídico-públicos que se reparten el mundo occidental. Más recientemente ha aplicado el método comparatista a contrastar los dos sistemas anglosajones principales, en el reciente libro, publicado en colaboración con WADE, *Legal control of Government Administrative Law in Britain and the United States*, 1972 (9). También es director desde su origen del autorizado *Administrative Law Bulletin* que edita la Asociación de Abogados Americanos (*American Bar Association*).

Toda esta preparación de base (sin duda será más extensa que la que me he limitado a reseñar, que es la que me consta; añadiré que el autor cuenta también con una calificada experiencia política, desde la que protagonizó un «*Schwartz case*» en 1958 como experto de un Comité del Congreso de encuesta sobre las Agencias Federales, así como con una importante experiencia forense) (10) designaba ya de antemano al profesor SCHWARTZ para asumir la responsabilidad de sistematizar e interpretar de nuevo, con una visión amplia, el sistema

(4) The Ronald Press, New York, 1957.

(5) Fue su tesis doctoral en Cambridge. New York, 1949.

(6) Pitman, 1950, London.

(7) Sirey, 1952.

(8) New York University Press.

(9) Clarendon Press. Oxford.

(10) Puede verse el vivaz retrato que hizo el «*New York Times*» de 16 de febrero de 1958, p. 4 de la edición internacional, con el título: *Schwartz case: Study of Washington mores*. El propio SCHWARTZ cuenta esta incidencia, y otras análogas, en su libro *The Professor and the Commissions*, New York, 1959.

general del Derecho Administrativo americano. Eso es lo que significa el libro que da lugar a este comentario. Se trata de una obra del Derecho Administrativo americano que ofrece un panorama general y completo del sistema actualmente vivido, realizado desde una perspectiva que el largo y fecundo comparatismo del autor (recordemos también que el profesor SCHWARTZ ha dirigido el Instituto de Derecho Comparado de Nueva York) sitúa en un verdadero «corte epistemológico» por relación a todas las obras similares anteriores.

## II

El autor es totalmente consciente de esta importante significación de su obra, que viene a cerrar un período anterior de reconocimiento apenas vergonzante de una de las piezas capitales del sistema jurídico contemporáneo en cualquier sociedad (y más aún en una sociedad como la americana, en la que, frente a los enmascaramientos que proporciona el principio liberal y de la libre empresa, tiene extraordinariamente avanzado el proceso de socialización y burocratización).

Norteamérica, como heredera del sistema jurídico del *common law*, fue tributaria de las concepciones inglesas sobre la inadaptación a ese sistema de las técnicas de Derecho Administrativo que surgieron en Francia tras la Revolución francesa. Ya tempranamente, y lúcida-mente, BURKE, en sus *Reflections on the French Revolution* (1791) (11), se apercibe inmediatamente de que la abolición de los Parlamentos judiciales hará que el Poder ejecutivo *became the absolute power of the country* (llegue a ser el poder absoluto del país), de modo que los órganos administrativos (*administrative bodies*) se constituirán en *real, sovereign, independent states... above the law* (Estados reales, soberanos, independientes, sobre todo Derecho), haciendo así que el poder administrativo será inevitablemente *the most completely arbitrary power thas has ever appeared on earth* (el poder arbitrario más completo que ha aparecido nunca sobre la tierra). Como se ve, DICEY, que es el que da forma definitiva casi un siglo después al contraste entre los dos sistemas, tenía precedentes ilustres. DICEY parece inspirarse, no obstante, en TOCQUEVILLE, como él mismo reconoció, pero

---

(11) El texto que se cita, en las pp. 202 y ss. y 182, respectivamente, de la edición de Everyman's, London, 1951. No he visto citado nunca este precedente, que me parece capital para justificar que el contraste entre los dos sistemas es algo más que un error de DICEY.

trasladando abusivamente a un plano jurídico observaciones que aquél formuló en el ámbito sociológico y desconociendo que, tras las reflexiones filosófico-históricas del autor francés, se había desarrollado, crecido y, finalmente, ordenado definitivamente en Francia un sistema jurídico, el Derecho Administrativo, servido por un sistema de acciones y Tribunales propios, que constituía una respuesta directa al reto que había abierto la situación político-social creada por la Revolución (12). El propio DICEY en 1914, como es bien sabido, acepta ya «The development of Administrative Law in England» (13), y, no obstante el espectacular canto de cisne que de la antigua negación del Derecho Administrativo supusieron en 1929 los artículos de lord HEWART, luego reunidos en libro bajo el título *The new despotism* (14), lo cierto es que el primitivo orgullo de singularidad frente a ese sistema jurídico extraño, surgido un tanto casualmente al instaurarse el constitucionalismo en que ellos han tenido siempre conciencia de ser maestros de los europeos, ha dejado paso abruptamente, primero a una conciencia de inferioridad (15), y luego, ya realísticamente, a un esfuerzo por colmar los huecos que el viejo *common law* dejaba en el plano de la garantía ante el modo de actuar de la Administración contemporánea.

(12) Sobre todo ello puede verse mi exposición en *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Cuadernos Taurus, Madrid, 1972. Como es sabido, el contraste entre el *Droit administratif*, así dicho, en francés, y el sistema inglés de Estado de Derecho (*rule of law*), la fórmula DICEY, en 1885, en su *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. Aquí confiesa DICEY: «La naturaleza y la verdadera existencia del *Droit Administratif* ha sido por vez primera revelada a muchos ingleses, y ciertamente al autor de este libro, a través de los escritos de Alexis de Tocqueville, cuyas obras han ejercido en Inglaterra en el siglo XIX una influencia igual a la autoridad ejercida por las obras de Montesquieu en la Inglaterra del siglo XVIII» (cito por la 9.ª ed. del libro, reimpresión de 1952, London, página 392). También en su artículo *Droit Administratif in modern French Law*, en «*Law Quarterly Review*», 1901, pp. 302 y ss.

(13) Es el título de un artículo suyo en «*Law Quarterly Review*», 1915, pp. 150 y siguientes.

(14) Lord HEWART, en su calidad de *Lord Chief Justice* inglés, denunció en «*The Times*» con una serie de artículos que causaron una gran conmoción, el despotismo solapado y terrible del moderno actuar de la Administración, que ponía en riesgo la libertad de los ingleses, por su heterodoxia con el viejo sistema legal (especialmente, por la atribución sistemática a la Administración de poderes legislativos y judiciales). Se verá luego que este «despotismo» es el punto de arranque de la construcción del nuevo Derecho Administrativo anglosajón.

(15) El más espectacular reconocimiento de inferioridad fue el que tuvo que hacer el «*Committee on Minister's power*», designado por el Parlamento en 1929, precisamente a consecuencia de la denuncia de lord HEWART y para contrastar sus acusaciones y restablecer *the supremacy of the Law*. En su *Report final*, de 1932, el Comité se ve obligado a reconocer: *it must be admitted that the French system does give protection to the French subject against the arbitrary acts of the public*

En Estados Unidos tiene lugar prácticamente por los mismos años un magno *Administrative Law great debate* (16), agudizado por la potenciación administrativa que pone en marcha el *New Deal* de ROOSEVELT y que consagra definitivamente la segunda guerra mundial y sus secuelas correlativas. Este *great debate* se significa en las propuestas de creación de una jurisdicción administrativa (proposiciones NORRIS 1929, LOGAN 1936, LOGAN-CELLER 1938, WALTER-LOGAN 1939, las dos últimas patrocinadas por la *American Bar Association*, y la última aprobada por el Congreso en 1940, aunque vetada seguidamente por el presidente alegando la conveniencia de esperar las propuestas de una Comisión presidida por el *Attorney General*, a quien se había encomendado el estudio de los problemas administrativos en general). De todo esto saldría, finalmente, la *Federal Administrative Procedure Act*, que el presidente TRUMAN firma el 11 de junio de 1946 y que es la norma básica del Derecho administrativo americano. «el comienzo de una nueva época del Derecho Administrativo» (VANDERBILT). Tendremos ocasión inmediatamente de indicar cuáles son sus principios básicos.

### III

SCHWARTZ comienza ya desde el prólogo de su obra observando, con cita de la sentencia de un juez, que el Derecho Administrativo marca «el umbral de una nueva era en la historia del Derecho»; y añade: «verdaderamente estamos en el medio de una explosión del Derecho Administrativo», de «cambios sin precedentes»; en los últimos cinco años se habría expansionado en la materia administrativa la cláusula *due process* más que en todo el periodo desde la Constitución (que acaba de celebrar, como es sabido, sus doscientos años).

*service; paralelamente, we are bound also to confess that continental critics are justified in their contention that under rule of law in England the remedy of the subject against the Executive Government is less complete than the remedy of subject against subject* (pág. 112 de la edición oficial del *Report*) (Traducción: debe admitirse que el sistema francés otorga protección al súbdito francés contra los actos arbitrarios de la organización pública; hemos de confesar que las críticas de los europeos continentales están justificadas en su afirmación de que bajo el sistema inglés de imperio del Derecho las garantías de un súbdito contra el Ejecutivo estatal son menos completas que las garantías de un súbdito contra otro súbdito.) Es un reconocimiento espectacular.

(16) Tomo la expresión de F. MORSTEIN MARX, *Quelques caractéristiques du Droit Administratif aux Etats-Unis*, en «*Livre jubilaire du Conseil d'Etat*», Paris, 1952, páginas 675 y ss.

Para SCHWARTZ, el Derecho Administrativo es «la rama del Derecho que controla las operaciones administrativas del Gobierno» (el Gobierno es el Estado en la terminología constitucional americana) (17). En concreto, las partes del Derecho Administrativo son tres: los poderes con que se inviste a las agencias administrativas, los principios y requisitos con que esos poderes deben ser ejercidos y, en fin, las acciones judiciales ejercitables por los agraviados por una actuación administrativa ilegal. Esta concepción, sigue diciendo el autor, es más estrecha que la propia del sistema europeo francés, quizá porque en éste se produce una neta distinción entre Derecho público y Derecho privado correlativa de una distinción de jurisdicciones, la cual no se da en América, donde un solo sistema de Tribunales aplica uno y otro Derecho, con los mismos principios procesales. Por ello, materias que en el Derecho continental europeo son objeto de regulación en el Derecho Administrativo, en el Derecho americano no lo son, aunque interesen, como materia administrativa que son, al politólogo, al que estudia la Ciencia de la Administración (p. 2). En América, pues, el Derecho Administrativo no es todo el Derecho que afecta a la Administración pública, sino, exclusivamente, el que se refiere a esos tres temas aludidos, y nada más (p. 3).

De esos tres temas, el primero y el último, poderes atribuidos a las agencias administrativas y acciones frente a su ejercicio ilegal, eran tradicionales; el segundo, la manera cómo los poderes de que se inviste a la Administración deben ser ejercidos por ésta, el tema del procedimiento administrativo, es un tema nuevo, proveniente de la *Federal Administrative Procedure Act* de 1946, pero hoy ya predominante. El Derecho Administrativo trata más del procedimiento y de las acciones que del Derecho sustantivo, el cual no es propiamente objeto del Derecho Administrativo, nos dice SCHWARTZ expresamente, salvo en lo que interese al procedimiento o al sistema de acciones.

Pero esta limitación del objeto debe ser aún más precisada. Lo que interesa al administrativista americano no es más que lo que se expresa en una relación entre una parte privada y una Administración

---

(17) Página 1. Debe subrayarse que el concepto de «agencia u órgano administrativo», que es básico en el Derecho Administrativo americano, es definido por la *Federal Administrative Procedure Act*, sección 2 (a) (§ 551 del *U. S. Code*), como «toda autoridad del Gobierno de los Estados Unidos distinto del Congreso y de los Tribunales». Así, pues, el concepto de actividad administrativa del Gobierno significa toda la actividad pública, excluida la legislativa y la judicial —en formulación que es paralela, como puede notarse, a la tradicional de Otto MAYER y sus seguidores en Alemania.

(páginas 3-4). No se trata, pues, de seguir toda la actividad de las agencias administrativas que ejercen sus poderes ejecutivos, sino sólo aquella actividad que hace relación a derechos y obligaciones de los administrados. Por ejemplo, aunque la función militar y de defensa o la de asuntos exteriores, o las desarrolladas por órganos de *house-keeping* o de mantenimiento doméstico de la organización, o de planificación de su actividad, etc., cuenten entre las más importantes cumplidas por el Ejecutivo, el Derecho Administrativo se desinteresa de ellas porque no afectan a los derechos y obligaciones de los ciudadanos (p. 4).

En esta caracterización relacional, primero, procedimental, en segundo término, del Derecho Administrativo son visibles a simple vista reflejos del *ordo mentis* jurídico anglosajón y especialmente su perspectiva judicialista, de forma que no parece preciso insistir en ello.

#### IV

A la hora de determinar los poderes o potestades atribuidos a la Administración, que sería el primero de los grandes temas atribuidos al Derecho Administrativo, SCHWARTZ comienza con una paradójica afirmación de principio: lo característico de la Administración, más aún, lo que determina su interés para el Derecho Administrativo es, precisamente, la atribución a la misma de poderes legislativos y judiciales (p. 6). La Administración ha concentrado esos dos poderes como una necesidad de nuestra moderna compleja sociedad, rompiendo el viejo esquema de la separación de poderes. Las armas sustantivas del arsenal administrativo son, precisamente, nos dice, el poder normativo (*rule-making*) y el poder de determinar autoritariamente derechos y obligaciones de los ciudadanos, que es a lo que se llama en la terminología jurídico-administrativa americana *adjudication power*, que sería la expresión misma de un poder de naturaleza judicial (p. 7). Más aún: el rasgo distintivo de un órgano administrativo es la existencia de esos dos poderes, que le permite determinar, mediante una norma o una decisión, derechos y obligaciones de los particulares (p. 31). Alrededor de estos dos poderes aparentemente extraños, de sus formas de atribución, de sus condiciones de ejercicio, de la revisibilidad final judicial de la aplicación de los mismos, se enhebraría el contenido entero del Derecho Administrativo. La titularidad de esas dos especies

de poderes que el dogma básico de la Constitución parecía reservar a otros órganos, constituye *the outstanding characteristic of the administrative agency*, esto es, la característica predominante, primordial, de los órganos administrativos (p. 7).

El planteamiento resulta sorprendente para un administrativista europeo. Si lo relevante de la Administración para el Derecho Administrativo es, justamente, lo que recibe en préstamo (*delegation*) de los otros dos poderes constitucionales (18), parece que lo específicamente administrativo vendría a carecer de significación jurídica para el Derecho público.

En realidad, lo que resulta cuestionable es esa calificación misma de poderes legislativos y judiciales; ambos lo son sólo *in nature*, esto es, desde una perspectiva material, pero no lo son ya, en absoluto, atendido su valor formal. SCHWARTZ lo subraya expresivamente: «El poder de legislar del ejecutivo, cuando es delegado por el legislativo, difiere básicamente del propio poder de legislar del legislativo. Este está investido de toda la autoridad legislativa otorgada por la Constitución; todo poder delegado por el legislativo es necesariamente un poder subordinado, limitado por los términos de la Ley de delegación. Puede decirse que el legislativo ejerce una función legislativa primaria, en tanto que la de la Administración es sólo secundaria» (p. 8). Nuestra teoría del poder reglamentario explica lo mismo quizá más técnicamente.

¿Y el llamado poder judicial, o quasi-judicial de la Administración? En otro lugar he señalado (19) que la calificación como judiciales o quasi-judiciales (SCHWARTZ cita ya, p. 10, esta calificación en una sentencia del juez MARSHALL de 1810, que calificó a un recaudador de impuesto de *quasi judge*) de los poderes administrativos de *adjudication* en el mundo jurídico anglosajón es un resto, virtualmente

(18) La delegación de poderes materialmente judiciales no son los Tribunales, sino el legislador, quien la confiere; así, en concreto, p. 8. Vid. en pp. 31 y ss. los problemas técnicos de la delegación.

(19) *La formación histórica del principio de autotutela de la Administración*, en el número 128 (marzo de 1974) de «Moneda y Crédito» (Homenaje al profesor RUBIO SACRISTÁN), pp. 83 y 86. Argumento que me parece obvio y, por ello, definitivo contra el nacionalismo exacerbado de A. GALLEGU (*Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional y los fundamentos del Derecho administrativo español*, Madrid, 1971), que ha teorizado la distinción histórica entre gubernativo y contencioso como una supuesta concepción original del Derecho español. Vid., para el reconocimiento en el Derecho anglosajón histórico de esa distinción, PLUCKNETT, *A concise history of the common law*, 5.ª ed., London, 1956, pp. 20-21, dentro del capítulo que lleva por epígrafe «Law separates from Administration».



intacto, de la primigenia y medieval distinción, común en toda Europa, entre asuntos «contenciosos» y «gubernativos»; serían los asuntos «contenciosos» o que paran en «perjuicio de partes», sólo que resueltos por la Administración, «sin estrépito de juicio». Como también he intentado justificar en el mismo trabajo, el desarrollo en Europa de una potente Administración real determinó ya en el Antiguo Régimen el reconocimiento a esa Administración de poderes decisorios en asuntos materialmente contenciosos. La Administración que sale de la Revolución francesa hereda intacta esa facultad, que refuerza y justifica aún, generalizándola sobre el dogma de la inmunidad judicial del ejecutivo (20). Esa facultad es la que llamamos hoy, técnicamente, superados los dogmatismos históricos iniciales, autotutela administrativa, que define el rasgo quizá esencial de la posición jurídica de la Administración en los sistemas europeos (21).

Pues bien, los países anglosajones, por el retraso histórico en el desarrollo de su sistema administrativo y por la prevalencia general y absoluta que entre tanto llegaron a alcanzar los Tribunales en la formación histórica de su sistema propio, se encuentran hoy en el mismo punto de inflexión, exactamente, en que se encontraron los sistemas continentales europeos al configurar jurídicamente el absolutismo: reconocer que la Administración (y mucho más una Administración que sostiene un vasto conjunto de prestaciones, «asistencia vital» de la mayor parte de la población) (22) necesita imperiosamente poderes de autotutela, dispensa de impetrar auxilio judicial, construcción de un espacio más o menos exento del imperio general de los jueces (23). La Administración europea, que mantuvo, y aun reforzó, esa exención al implantar los dogmas jurídicos de la Revolu-

(20) Vid. el mismo trabajo citado en nota anterior y en *Curso de Derecho administrativo*, cit. I, pp. 296 y ss.

(21) *Curso*, cit., pp. 310 y ss.

(22) SCHWARTZ lo subraya en pp. 5-6: agencias administrativas que dispensan *benefits for promoting social and economic welfare*, que «han convertido un conjunto constantemente creciente de la comunidad en clientes del Gobierno»; es el campo de las agencias *non regulatory* —por diferencias de las agencias *regulatory*—, y cuyo modelo sigue siendo la *Interstate Commerce Commission*, antes prevalentes y hoy ya en un lugar secundario como titulares de actividad administrativa. Hay en nuestro texto una visible alusión a los conceptos de FORSTHOFF, que parece innecesario precisar.

(23) Aunque inicialmente se calificaron de inconstitucionales las delegaciones de «poder judicial» (en el sentido dicho) a la Administración (Sentencias de 1856, 1900 y 1901, cits., por SCHWARTZ, p. 59), hubo que admitir finalmente, dice este autor, «por encima de la pedantería de la división de poderes... la necesidad de nuestra moderna compleja sociedad de que las agencias administrativas fuesen investidas de funciones judiciales, que han hecho la delegación de ese poder inevitable».

ción (24), supo montar seguidamente a esa exención, para mantener otros de esos dogmas básicos (concretamente, el gobierno por la Ley y el principio de la libertad ciudadana) un sistema de control judicial articulado con la técnica de la autotutela inicial de la Administración, el sistema de lo contencioso-administrativo.

Toda la peculiaridad de los sistemas anglosajones respecto a los europeos pienso que se sitúa en este punto fundamental. Inicialmente, exactamente como ocurrió en el absolutismo europeo y en los momentos iniciales del constitucionalismo antes de la judicialización plena del contencioso, la atribución de poderes de autotutela a la Administración anglosajona implicaba una exención definitiva del orden judicial. Es lo que ocurrió en Inglaterra con el sistema de «Tribunales administrativos» (esencial aquí es no confundir la voz inglesa *Tribunals* con *Courts*; sólo éstos últimos son órganos puros judiciales, en tanto que los primeros son más bien órganos administrativos estrictos que, simplemente, deciden ejecutoriamente «en perjuicio de partes») (25) y también en Estados Unidos con los iniciales reconoci-

---

según el Tribunal Supremo concluyó reconociendo (*ibidem*). De nuevo se usa aquí la técnica de la ficción de *to soften the delegation with a «quasi»* —reblandecer la delegación con un *quasi*— (que ya había utilizado elegantemente en materia legislativa el juez HOLMES, como había resaltado en mi estudio *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, p. 55), fórmula que recoge el Tribunal Supremo referida a los poderes supuestamente judiciales en una Sentencia de 1950 (SCHWARTZ, loc. cit. y p. 32). Cfr. en el citado libro de SCHWARTZ y WADE, *Legal control of Government. Administrative law in Britain and in the United States*, los capítulos 5 y 6, que, referidos a cada uno de los dos países, llevan el epígrafe común *The executive as judge*, pp. 107 y ss.

(24) Recuérdese el texto clásico de LAFERRIÈRE (*Traité de la juridiction administrative*, I, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1896, p. 210), que otra vez he citado parcialmente: «La legislación del período revolucionario... es con seguridad rigurosa. No lo es mucho menos que la del Antiguo Régimen, con la cual esa legislación presenta muchos puntos de semejanza. No se trata de que nuestras Asambleas revolucionarias hayan tenido la idea de imitar sobre este punto el régimen que ellas mismas habían destruido; pero sí quisieron asegurarse las condiciones de vitalidad y de independencia administrativas que el Antiguo Régimen había también buscado y que dichas Asambleas juzgaban indispensables para la realización de su propia obra.» De nuevo remito para una valoración global del fenómeno a mi librito *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, ya citado.

(25) Vid. de SMITH, *Constitutional and administrative law*, 2.<sup>a</sup> ed., London, 1973, páginas 542 y ss. El «Tribunal, por diferencia de las *Courts*, son informales, aunque respeten *the atmosphere of a judicial proceeding*, actúan el principio inquisitivo o de oficio más que el dispositivo, que vincula las cargas y responsabilidades de la resolución a la actividad procesal de las partes, no están vinculados por el precedente y deciden, a la vez que las cuestiones concretas, *standards* generales; no son generalistas en su competencia resolutoria, sino especializados. La esencia de su actuación es observar el «*minimum*» de requisitos de un *fair play* procesal, que son las reglas llamadas de «justicia natural» (p. 546), esto es, sustancialmente, imparcialidad y audiencia de la parte. Vid. *infra* en el texto. Son, pues, órganos administrativos. Cfr. el paralelismo casi exacto con los textos históricos pre-constitucionales españoles que citamos en *Curso*, cit. pp. 299-300.

mientos que hizo el Tribunal Supremo de la validez de actuaciones administrativas de *adjudication*, a las que llegó a reconocer llanamente el mismo valor soberano que el derivado de las sentencias (26). Toda la evolución actual hacia la formación de un verdadero Derecho Administrativo en sentido moderno ha sido el de considerar esas decisiones *quasi judiciales* de la Administración como simples resoluciones administrativas jurisdiccionalmente revisables, sin perjuicio de asegurar la objetividad de su adopción, especialmente por el énfasis puesto en garantías sustanciales de procedimiento, y entre ellas, sobre todo, el principio de audiencia de la parte y el de independencia del órgano decisor (en Inglaterra a través de la idea de *natural justice*, en Estados Unidos mediante el principio constitucional de *due process of law*) (27), garantías que, aun siendo efectivas, no implican

---

(26) SCHWARTZ dice que «la historia del desarrollo de un sistema de Derecho Administrativo es la de una constante expansión de la autoridad de la Administración, acompañada por una correlativa restricción del poder judicial» (p. 20). Vid. también MORSTEIN MARZ, p. 684. En una decisión de 1942 aún decía el Tribunal Supremo americano: «Los Tribunales no menos que las organizaciones administrativas son agencias del Gobierno li. e.: del Estadol. Ambos son instrumentos para ejecutar fines públicos» (SCHWARTZ, p. 22). El paralelismo es flagrante con textos históricos nuestros, aportados en Curso, cit., pp. 296 y ss. (vid. especialmente el citado en p. 298)), y que están en la base de la formación histórica del principio de autotutela en el antiguo Derecho.

(27) Vid. especialmente SCHWARTZ y WADE, cit., pp. 107 y ss. (para el *due process*, principio que, según el primer autor en el libro que ha motivado estas reflexiones, pp. 191 y ss., incluye: el derecho a conocer de la Administración, en una adecuada formulación, los temas y cuestiones implicados en el procedimiento de que se trate; a presentar pruebas—tanto testimoniales como documentales—y alegaciones; a contradecir y refutar las pruebas adversas; a actuar asistido de abogado o de otro experto; a que la decisión se apoye solamente sobre las pruebas introducidas en el expediente; a tener una copia completa del expediente, con transcripción de los testimonios y alegaciones, junto con las pruebas documentales y todos los papeles y oficios incluidos en el procedimiento), y 154 y 241 y siguientes, para el *natural justice* (pero quizás mejor aún el mismo WADE en la importante 4.ª ed.—en realidad una obra nueva, como subraya él mismo en el Prólogo, p. V, y es visible a simple vista—*Administrative Law*, Oxford, 1977, pp. 393 y ss., así como la versión europea de RIEDEL, *Kontrolle der Verwaltung im englischen Rechtssystem*, Berlin, 1976, pp. 106 y ss.). Es de notar que en Inglaterra son más rígidos estos principios, sobre todo el de independencia de los órganos decisorios (p. 145 de la misma obra citada inicialmente en esta nota); lo que hace que los llamados Tribunales administrativos tiendan a convertirse en verdaderas «jurisdicciones especiales». Recientemente, en 1972, en Estados Unidos, a los funcionarios con facultades de *adjudication*, antes llamados *hearing officers* o *hearing examiners* (funcionarios encargados de las audiencias, alegaciones y reclamaciones de parte), se les ha asignado el nombre de *administrative law judges* (jueces de Derecho Administrativo); en 1974 había en la Administración federal 864 «jueces» de este tipo; esta «apoteosis judicial» (SCHWARTZ, p. 297) ha elevado su categoría y su retribución y también su independencia (aun sin ser ésta tan grande como en Inglaterra); los designa la *Civil Service Commission*, entre listas de elegibles, com-

la lentitud y la solemnidad del proceso o «estrépito judicial» (28). La evolución ha conducido, pues, a que esas decisiones materialmente judiciales o quasi judiciales sean a su vez justiciables ante los Tribunales jurisdiccionales genuinos. De este modo resulta no ya fácil, sino obligado trazar un paralelo con la formación y desarrollo en los países europeos de una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa, que puso fin a la inicial inmunidad judicial de las decisiones administrativas de autotutela, con la sola diferencia de que en los países anglosajones esa jurisdiccionalización no se ha montado en un órgano jurisdiccional separado, por evolución de un antiguo órgano administrativo de control, como ha ocurrido en el modelo europeo, sino que se ha atribuido por decisión política de la Ley a los Tribunales ordinarios, siguiendo su tradición propia.

Esa jurisdiccionalización plena de la actuación administrativa de autotutela, jurisdiccionalización que marca lo que sin exceso puede llamarse la recepción definitiva del Derecho Administrativo en el mundo anglosajón, es un hecho formalizado en nuestros mismos días. Esta fue en Estados Unidos, más la aportación básica de extender las exigencias del *due process* al procedimiento administrativo de *adjudication* y la regulación del desarrollo de las delegaciones legislativas por el ejecutivo—*rule making*—, la gran innovación de la básica *Federal Administrative Procedure Act* (Ley de Procedimiento Administrativo Federal) de 1946, modificada en 1966, 1967 y 1974. El básico

---

puestas todas de juristas, y no pueden ser afectados a otros servicios incompatibles con sus deberes judiciales, y sólo la citada Comisión puede removerlos por justa causa (sobre todo ello, SCHWARTZ, pp. 296 y ss.). En Inglaterra, WADE, *Administrative Law*, p. 742, afirma que los «Tribunales administrativos» exceden de 2.100; sobre su independencia, pp. 744 y 746. Por cierto, que este tratamiento anglosajón del ejercicio de los poderes administrativos de autotutela merece ser retenido como una enseñanza aprovechable entre nosotros, donde ni siquiera las secciones de recursos, ni los llamados también «jueces instructores» de expedientes, o los miembros de Jurados (tributarios, de expropiación) o de los Tribunales administrativos (por ejemplo, los Económico-Administrativos), no ya los órganos que deciden con normalidad «en perjuicio de partes», incluso las más graves sanciones o privaciones de derechos, tienen reconocido el más mínimo *status* de independencia o de exención de obediencia jerárquica, ni aun asegurada una pericia mínima en Derecho. A mi juicio, aquí está el valor de la intervención en nuestros procedimientos administrativos del Consejo de Estado, como órgano, en efecto, independiente y exento de la cadena jerárquica, que, por ello, aporta normalmente una visión objetiva de los problemas, despegada de los intereses departamentales y de gestión. Cfr. lo que indico en este mismo sentido sobre la función real del Consejo de Estado, en *La Administración española*, 3.ª ed., Madrid, 1972, pp. 140-141.

(28) «El objeto de los Tribunales administrativos—dice WADE, en SCHWARTZ y WADE, cit., p. 149— es excluir el costo, la formalidad y los plazos de los *full-dress law courts* (Tribunales judiciales totalmente revestidos); es exactamente la fórmula histórica nuestra de exclusión del "estrépito judicial"» (*Curso*, cit., p. 299, con textos históricos concluyentes).

capítulo 7 de esta Ley regula la *judicial review* o revisión jurisdiccional, que se define como un derecho (*right of review*) de toda persona que sufra un perjuicio legal como consecuencia de la acción administrativa (§ 702 del texto vigente de la Ley en el *U. S. Code*) (29).

En Inglaterra este principio es más tardío, y aun podemos decir que todavía hoy no ha logrado su madurez definitiva, quizá por la mayor formalidad—y, sobre todo, independencia—de los llamados «Tribunales administrativos», que ya sabemos que no son órganos judiciales (*courts*), sino administrativos, no obstante el equívoco de su nombre (30). En concreto, el principio general de revisión juris-

(29) Pero la Ley (U. S. C. § 701) prevé la posibilidad de eliminar la *judicial review* en dos supuestos: cuando una Ley así lo disponga y cuando la autoridad *is committed to agency discretion by law*, esto es, esté habilitada a actuar discrecionalmente por el Derecho. De nuevo vemos aquí reaparecer dos excepciones típicas en la formación del primer contencioso-administrativo europeo (la primera aún continúa en el nuestro, como es sabido—art. 40 LJ—, aunque es de esperar que la próxima Constitución acabe definitivamente con ella). Las dos excepciones intentan combatirse, o al menos reducirse en su alcance, manejando resueltamente principios y garantías constitucionales generales. Cfr. SCHWARTZ, pp. 435 y ss. (el caso de silencio legal sobre la impugnabilidad judicial no permite inferir que ésta quede excluida), 438 y ss. (en caso de que el recurrente invoque un derecho personal y de propiedad, el principio constitucional *due process* excluye la inmunidad judicial decidida por el legislativo; en 1973, tres jueces minoritarios defendieron ya que la exclusión del control judicial es siempre inconstitucional); en cuanto al control de la discrecionalidad, la propia Ley de Procedimiento Federal, en su § 706 (versión del *U. S. Code*), admite que el juez controle siempre si la decisión administrativa es arbitraria, caprichosa o supone un abuso de la discrecionalidad, lo que facilita las cosas y revela, para un administrativista europeo mínimamente avezado, que la exclusión jurisdiccional aludida está, simplemente, mal formulada; no se trata de una causa de inadmisibilidad, sino de desestimación de fondo del recurso cuando la discrecionalidad está correctamente ejercida. Cfr. SCHWARTZ, páginas 606 y ss. para el cual «el control judicial de la discrecionalidad es un elemento esencial de un sistema que se propone ser gobernada por el imperio del derecho», recordando la expresión del juez Douglas en un voto particular de 1951: «El Derecho ha alcanzado sus momentos más bellos cuando ha liberado al hombre de la discrecionalidad ilimitada de algún imperante, civil o militar, o burócrata. Donde la discrecionalidad es absoluta, el hombre ha sido siempre víctima. En ocasiones ha sido su propiedad la que ha sido invadida; otras, su intimidad; otras, en fin, su libertad de movimientos o de pensar, a veces su vida. La discrecionalidad absoluta es un patrón despiadado; es más destructiva para la libertad que cualquier otra invención del hombre.» (Más categórico aún en el mismo sentido, para el caso inglés, WADE, pp. 23-24 —«una parte esencial del imperio del Derecho—*rule of law*— es un sistema de reglas para prevenir el abuso del poder discrecional...; el imperio del Derecho requiere que los jueces puedan prevenir el abuso de la discrecionalidad, y a este objeto se han alcanzado notables éxitos leyendo entre las líneas de las Leyes y desarrollando principios generales para mantener al poder Ejecutivo dentro de sus límites, principios referentes tanto a la sustancia como al procedimiento de la decisión.») Permitase al autor de estas notas congratularse especialmente de estos conceptos remitiendo a su trabajo *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, en «RAP», 38, y en edición separada, Madrid, Civitas, 1974.

(30) Supuesto que no estamos tratando directamente del caso inglés, no entramos aquí en este debate, aún vivo en Inglaterra; para muchos, aun comen-

diccional de las decisiones de esos llamados Tribunales no se instaura sino tras la recomendación del Informe FRANK de 1957 (31) en las *Tribunal and Inquiries Acts* de 1958 y 1971, ya, pues, en nuestros mismos días (32). Conviene aún advertir que lo que estas Leyes han consagrado no es tanto una *judicial review* originaria y plenaria, como ocurre en Estados Unidos, sino un *right of appeal* (33), concepto diferente, necesitado de un texto legal que lo establezca expresamente, y que, obviamente, implica la revisión de una previa decisión de justicia adoptada en primera instancia (34). De esta manera, en Inglaterra se está en una fase histórica por la que ya pasaron los Derechos continentales de hace un siglo: la decisión administrativa de autotutela se considera una decisión judicial de primera instancia sólo susceptible de una apelación o casación jurisdiccional exclusivamente sobre el Derecho y no sobre los hechos (35), necesitada, además, de texto legal que imponga ese control (sistema de lista), aunque una «cláusula general» se ha impuesto para ciertas acciones de salvaguarda última (*certiorari* y *mandamus*) (36).

---

zando por el Informe FRANK de 1957, los Tribunales administrativos forman parte de la *machinery of justice* y no de la *machinery of administration*, con lo cual intentan sobre todo conseguir una objetivización de las reglas de actuación de esos órganos y su independencia real.

(31) *There should... be an appeal on a point of law to the courts; and judicial control by the remedies of certiorary, prohibition and mandamus should never be barred by statute.* Cfr. WADE, p. 758.

(32) WADE, pp. 758 y ss.; DE SMITH, *Judicial review of administrative action*, 3.ª ed., London, 1973. En todo caso, en Inglaterra, donde no existe superlegalidad constitucional, la exclusión legislativa del control judicial es posible y aún no infrecuente (por el mismo reforzamiento de la independencia de los «Tribunales» administrativos, que, como se ha notado, les inclina a convertirse en verdaderas jurisdicciones especiales autosuficientes), aunque el Derecho inglés imponga presunciones contra dicha exclusión y haga ésta de interpretación restrictiva; *vid.* DE SMITH, pp. 314 y ss.

(33) WADE, p. 751: «Existe ahora el principio generalmente aceptado de que habría un derecho de apelación de un Tribunal administrativo a la High Court sobre cuestiones de derecho, con la intención de que así el Derecho pueda ser correctamente aplicado y uniformemente interpretado.»

(34) *Vid.* especialmente WADE, pp. 36 y ss., «Review and appeal contrasted».

(35) Los principios ya aludidos *supra* nota 32 están reduciendo hoy esta limitación, por la interdicción de la arbitrariedad y del abuso de discrecionalidad. WADE, p. 752.

(36) De acuerdo con la recomendación de la FRANK's, *Commission*, referida *supra* en nota 31. De nuevo podemos establecer fácilmente un paralelo con la historia reciente del Derecho Administrativo continental: la acción de *certiorari* permite al *King's Bench* ya desde hace siglos «examinar la actuación de todas las jurisdicciones erigidas por la Ley del Parlamento, con el fin de mantenerlas dentro de los límites de su competencia» (palabras del *Cardiff Bridge case*, de 1700); en la extensión paulatina de esta acción a las autoridades administrativas pesa de nuevo la calificación de su actuación afectante a los derechos de los ciudadanos como verdadera actuación judicial; en 1924 otro *leading case* afirma que la acción

Quizá convenga notar que esta situación es más difícilmente criticable que lo que era la europea de hace un siglo, por la razón, sobre la que hemos insistido, de que los ingleses han garantizado al máximo las decisiones administrativas de autotutela con su técnica de los llamados Tribunales administrativos. El único progreso previsible es la instauración sin reservas de una verdadera «cláusula general» y la localización del control jurisdiccional en una jurisdicción genuinamente especializada, sobre cuya oportunidad (al menos en la forma de especialización de una sala en la *High Court*) insisten los expertos y aun algún órgano oficial, cuyas recomendaciones aún no han sido escuchadas (37).

Este peso de los Derechos angloamericanos hacia la fase de la decisión, para asegurar su objetividad y su independencia en cuanto esa decisión administrativa viene a parar «en perjuicio de partes», debe ser resaltada. Cuando se dice, como es ya un lugar común tras la polémica con DICEY, y aceptan incluso los propios autores an-

---

puede ser ejercitada contra «cualquier entidad [*body of persons*] que tenga autoridad legal para determinar cuestiones que afecten a los derechos de los súbditos y que tengan el deber de actuar judicialmente» (esto es, con formalidades legales). Sobre todo esto, especialmente DE SMITH, pp. 335 y ss. Es, pues, un paralelo casi exacto de la famosa incompetencia, como base del primer *excés de pouvoir* o de nuestros «vicios de orden público». DE SMITH sistematiza así ahora los motivos del *certiorari* y *prohibition*: falta de jurisdicción, ruptura de las reglas de la *natural justice* (vid. *supra* nota 27), error de derecho en relación al expediente y fraude o colusión. En cuanto a la acción de *mandamus*, es un viejo «remedio» para imponer el cumplimiento de un deber legal a una autoridad de cualquier naturaleza que lo desatiende; es, pues, una típica acción contra la inactividad administrativa (WADE, pp. 597 y ss.; con frecuencia se acompaña de un *certiorari* para completar la lucha contra la incompetencia mediante la imposición de un deber de actuar en el sentido omitido: WADE, p. 606). Hemos de advertir que sobre el fondo del *common law* estos dos tipos de acción son conocidos también en Estados Unidos: SCHWARTZ, pp. 540 y ss. y 544 y ss. (en la propia *Federal Administrative Procedure Act*, aunque sin que esto implique la adopción general de la figura histórica del *mandamus*, se determina que una de las finalidades básicas de la revisión jurisdiccional, antes incluso que la meramente anulatoria, es la de «*compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed*». —esto es, compeler a la Administración a realizar una acción injustamente rehusada o irrazonablemente retardada: § 706, SCHWARTZ, pp. 613 y ss.). Es digno de notar el desarrollo de esta acción en el mundo anglosajón contra la inactividad administrativa que NIETO no ha referido en su importante trabajo *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, en el núm. 37 de esta REVISTA, 1962, pp. 75 y ss.

(37) Concretamente, tal fue la recomendación del *Justice Committee on Administrative Law* en 1966 (DE SMITH, p. 335) y de la *Law Commission* (paralela de nuestra Comisión General de Codificación) en 1969 (DE SMITH, pp. 335-6; WADE, página 14). Parece ser que esa concentración se ha operado ya en algunas partes de la *Commonwealth*, como Nueva Zelanda y Canadá (Ontario) (DE SMITH, *ibidem*).

gloamericanos, aunque con alguna reserva (38), que el sistema francés es superior al angloamericano por la mayor perfección técnica de las resoluciones judiciales del *Conseil d'Etat*, y de los demás Tribunales europeos que han adoptado sus principios, respecto de la jurisprudencia administrativa de los jueces angloamericanos no especializados, se está diciendo una verdad a medias. Las decisiones judiciales advienen en nuestros sistemas *ex post facto*, cuando la Administración con actuación de parte, cuando no abiertamente parcial (39), ha decidido y ha ejecutado. La justicia administrativa viene siempre *a posteriori* y con toda frecuencia sin capacidad reparatoria completa, prestando satisfacciones más retóricas que efectivas, siempre tardías, rara vez —y no es exageración para quien tenga alguna experiencia práctica del funcionamiento real del sistema—, rara vez, repito, totalmente eficaces para deshacer el atropello previo. El Derecho angloamericano ha volcado su esfuerzo en impedir ese atropello previo, en evitar el abuso de las decisiones tomadas en propio interés de la Administración, confiando este tipo de decisiones a órganos imparciales, actuando con unas formalidades reducidas, pero plenarias en el plano de la garantía. Que la revisión jurisdiccional *a posteriori* sea menos sutil que la europea parece ya de menos interés desde la economía sustancial del problema básico, que es la posición del ciudadano. El Derecho Administrativo europeo viene a ser, como se decía en nuestra época clásica, el pecador arrepentido que había fundado un hospicio para acoger a los pobres que él mismo había despojado previamente;

(38) Cfr., *supra* nota 15. WADE, p. 27; SCHWARTZ, *French Administrative law and the Common-Law World*, cit., *passim*. La observación del texto la formularon ya certeramente L. NEVILLE BROWN y J. F. GARNER, en su excelente análisis crítico *French Administrative Law*, 2.ª ed., London, 1973, p. 159: la «judicialización» del procedimiento administrativo en Gran Bretaña, a través de una regulación estricta de los *statutory tribunals and enquiries*, con resultados razonables como los conseguidos, hace menos imprescindible el control judicial *a posteriori* y sus finuras; la satisfacción conseguida por el Derecho Administrativo francés es más estética, para los juristas, que efectiva para el ciudadano ordinario (también en pp. 156-7; la creación francesa tiene una *elegantia iuris* cuyo estudio proporciona una gran satisfacción intelectual, frente al casuismo y ocasionalismo de las fórmulas anglosajonas).

(39) Es cada vez más frecuente el deliberado abuso del privilegio de la decisión previa por parte de los administradores para imponer sus criterios a los administrados, que han de inclinarse fatalmente por el «mal arreglo» frente al «buen pleito», como afirma el certero dicho. Habrían de ser santos los administradores para resistir el fácil abuso de ese formidable poder. Como un simple ejemplo, aunque creo que impresionante, *vid.* el análisis sistemático que hago en una parcela concreta en mi estudio *Expropiación forzosa y devaluación monetaria*, en el número 80 de esta REVISTA. En materia urbanística, ese abuso de poder sistemático constituye un verdadero «derecho no escrito» con el cual se habilitan toda clase de pactos informales.



parece preferible que ese despojo previo no se produzca, aunque la generosidad posterior tenga luego menos ocasión de lucirse. Esta perspectiva, que en general no he visto destacada, me parece, sin embargo, capital para formular un juicio comparatista mínimamente objetivo.

Como era de esperar, dadas las tradiciones de libertad que sostienen desde hace siglos su estructura política, la finura de sus técnicas jurídicas y aun la significación y eficacia de las impresionantes construcciones estatales que han acertado a poner en pie, el mundo anglosajón no vive en un déficit legal de principio en la regulación legal de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos; vive, simplemente, en otro sistema que el nuestro; cuyos rendimientos globales, que son los únicos que deben contar, no son, en modo alguno, inferiores a los que nosotros conseguimos tan trabajosamente.

## V

No tendría objeto que entrásemos ahora en detalles concretos de los mecanismos técnicos del Derecho Administrativo americano o anglosajón, en general. Podemos decir que, tras la consagración final de la técnica del control judicial pleno respecto de la actuación administrativa (40), el sistema queda cerrado en sus principios estructurales básicos. Por eso, certeramente, SCHWARTZ aduce que la asignación de poderes «quasi judiciales» a la Administración en las actuaciones de autotutela no supone, finalmente, una usurpación de poderes judiciales: «Lo esencial del poder judicial queda preservado a la autoridad final de revisión jurisdiccional de los Tribunales sobre las

---

(40) Dada la perspectiva estructural en que nos hemos situado, nos parece innecesario detenernos ahora en el estudio de los poderes de *enforcement*, normalmente a través del juez, de la Administración americana. Vid. las referencias de nuestro *Curso*, cit., pp. 301 y ss, y las precisiones de SCHWARTZ, pp. 70 y ss. y 107 y ss. (intimaciones mediante *subpoena* o delito de desobediencia, como regla reservada de los Tribunales, a quienes por ello debe instar previamente la Administración desobedecida), 548 y ss. y 550 y ss. (posibilidad de excepcionar en el proceso penal por desobediencia la ilegalidad del acto incumplido, posibilidad entendida como una garantía constitucional básica). Las excepciones más notorias al sistema de ejecución judicial son las referentes a la materia fiscal, a asuntos postales y a las deportaciones (de extranjeros): SCHWARTZ, p. 72. Esto es, sin embargo, importantísimo para una valoración comparatista de los sistemas europeo y angloamericano (como hemos notado en *loc. cit.*), y va en el mismo sentido de un «sanguado» sustancial de los enormes poderes de autotutela que la Administración europea ha recibido derechamente de los Monarcas absolutos que configuraron sus Estados y de una garantía *preventiva* de los ciudadanos confiada a los jueces.

determinaciones administrativas que implican cuestiones de derecho y sobre la razonabilidad de sus estimaciones de hecho» (41).

Sí tiene interés, sin embargo, repasar brevemente cuál es el sentido de esa revisión jurisdiccional última, que cierra el sistema entero del Derecho Administrativo. SCHWARTZ es formal. Por mucha que sea la formalización del procedimiento administrativo de *adjudicación* y la independización formal y su exención de la jerarquía administrativa de los órganos que han de instruirlo y decidirlo, existe *a crucial difference between a court and a administrative agency vested with judicial-type authority to determine private rights and obligations by its decision* (una crucial diferencia entre un Tribunal jurisdiccional y un órgano administrativo investido con poderes de tipo «quasi judicial» para determinar mediante sus decisiones derechos y obligaciones de los particulares), y esta diferencia es la obvia: «Un Tribunal es un árbitro imparcial, su única función es decidir casos promovidos por partes que son externas a él; su única responsabilidad es decidir cuál de las pretensiones (*contesting claims*) de esas partes es correcta. Lo mismo no es verdad para la Administración»; aunque a veces ésta actúa en la posición de un juez entre dos partes externas, lo normal es que «decida cuestiones en que la propia Administración es parte... es el caso más significativo». Es lo que nosotros hemos calificado por eso de autotutela, porque «el administrador posee no sólo la autoridad de administrar, en el sentido tradicional, sino también la de decidir los conflictos que se suscitan con ocasión de su administración» (42). De este modo, «las decisiones no son adoptadas *by detached judges*, por jueces separados de los asuntos, sino por quienes son parte y pertenencia de la Administración» (43).

Por ello «existe una diferencia fundamental entre quiénes son parte en diferencias con la Administración y quiénes lo son en cuestiones de Derecho privado. En este último caso las personas son o demandantes o demandados, pero hay una básica igualdad, en teoría al menos, entre ellas, aunque puedan diferir sustancialmente en recursos y en capacidades. La situación es diferente en Derecho Administrativo. Aquí el ente político se ha hecho presente; la parte privada está enfrentada no a otra persona privada, sino a un órgano del Estado, investido con todos los poderes y prestigios y adornado con todos los

---

(41) *Ob. cit.*, p. 8.

(42) Página 10.

(43) Página 11.

medios económicos por el titular de la soberanía. El punto de partida es, así, la desigualdad básica de las partes. Pues bien, *el objetivo del Derecho Administrativo es restaurar esa desigualdad, asegurar que, tanto como sea posible, el individuo y el Estado sean colocados sobre un plano de igualdad ante el estrado de la justicia. Esta es también la piedra de toque para medir la adecuación de un sistema de Derecho administrativo..., los Tribunales jurisdiccionales tienen el papel primario de asegurar que el Derecho Administrativo alcance ese objetivo básico»* (44).

Son conceptos gratos de oír a un jurista. Por encima de los simples tecnicismos legales, un orden de principios sustanciales anima y sostiene en el gran país atlántico la misma lucha por la libertad y por el Derecho plasmada en su Constitución hace ya más de doscientos años y en la que otros sistemas diferentes están comprometidos también en otras latitudes, con la conciencia abierta de una lucha por el mejor futuro de la humanidad, o —menos enfáticamente, si se prefiere— de la sociedad burocratizada que nos ha tocado vivir. El libro de SCHWARTZ que así nos lo muestra, lúcidamente, críticamente, apasionadamente en ocasiones, constituye por eso una inestimable materia de reflexión y de enseñanza, que es fuerza agradecer vivamente.

---

(44) Página 28.



# JURISPRUDENCIA

