

# Liberalismo (Rule of Law) y estado administrativo: un debate inconcluso

Jesús María Alvarado Andrade

## RESUMEN

El presente trabajo aborda la discusión en relación con los fundamentos, alcances y riesgos de la forma histórica que ha dado en llamarse «Estado Administrativo» a la luz del ideal político del «rule of law». Desde la perspectiva liberal, la investigación procurará actualizar la crítica al «Estado Administrativo» tomando en cuenta los cambios políticos, jurídicos y liberales desde que F. A HAYEK, advirtiera en 1973 las dinámicas complejas que se abrirían en el futuro próximo con el declive de las limitaciones al poder político en el ámbito occidental.

**Palabras Clave:** Estado administrativo, Libertad, Derecho, Estado de Derecho y Liberalismo.

«The physiognomy of governments can be best detected in their colonies ... (In Canada) One might fancy one's self in the midst of modern centralization and in Algeria. Canada is, in fact, the true model of what has always been seen there. In both places the government numbers as many heads as the people; it preponderates, acts, regulates, controls, undertakes everything, provides for everything, knows far more about the subject's business than he does himself—is, in short, incessantly active and sterile. In the United States, on the contrary, the English anti-centralization system was carried to an extreme. Parishes became independent municipalities, almost democratic republics. The republican element, which forms, so to say, the foundation of the English constitution and English habits, shows itself and develops without hindrance. Government proper does little in England, and individuals do a great deal; in America, government never interferes, so to speak, and individuals do everything».

ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *The Old Regime and the Revolution*, (1856)

## INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones centrales en relación a la pervivencia de la libertad individual, tal y como se ha conocido en occidente luego de las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII, es la compatibilidad o incompatibilidad de la *libertad negativa* con el crecimiento sostenido del

«Estado administrativo» surgido a finales del siglo XIX, fortalecido en el siglo XX y cuestionado a principios del siglo XXI.

La cuestión de la (in)compatibilidad de la *libertad negativa*<sup>1</sup> legada por el ideal político del «rule of law» en los términos de A.V. DICEY<sup>2</sup> y F.A HAYEK<sup>3</sup> con el «Estado administrativo», tiene importancia teórica y práctica, toda vez que obliga a replantearse en el mundo actual, las tesis clásicas liberales relacionadas con los mecanismos jurídico-políticos destinados en el pasado a limitar el poder político.

La necesidad de abordar los problemas de la libertad individual tomando la realidad tal cual es, debería al menos implicar un rechazo a toda ideología encubridora y anti-empírica. Este rechazo a todo modo de pensamiento ideológico-utópico<sup>4</sup>, permite tomar en serio posibles problemas que entrevistados por los clásicos liberales se han agudizado luego de la segunda guerra mundial, período en el que se agudizó la consigna según la cual no debe pensarse ni reflexionarse sobre principios generales de organización social.

En efecto, como advirtiera F.A. HAYEK: «Por esto ha llegado a ser frecuente que bajo la consigna de «ni individualismo ni socialismo» de hecho, transitemos rápidamente de una sociedad de individuos libres a otra de carácter completamente colectivista»<sup>5</sup>, favorecido dicho proceso por el alejamiento de ciertas tesis «ideológico-utópicas» en relación al Estado como forma histórico-político<sup>6</sup>.

De hecho, conforme a la prédica «anarco-capitalista», «posmoderna» y «utópica», el Estado está al borde de la extinción. Bajo estas visiones, las descripciones reales no son la prioridad, sino el intento de edificar prédicas políticas que vaticinan un supuesto pronto exterminio del

---

<sup>1</sup> SCHWARTZ, Pedro, «Las libertades inseparables, o razones y dudas del neoliberalismo» en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, n° 9, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Madrid, 1994, pp. 135-145

<sup>2</sup> DICEY, Albert Venn, *The Law of the Constitution*, Oxford Edition of Dicey, University Press, USA, 2013

<sup>3</sup> HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty: The Definitive Edition*, The Collected Works of F. A. Hayek (Book 17), University of Chicago Press, USA, 2011.

<sup>4</sup> LENK, Kurt, *El concepto de ideología*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2000

<sup>5</sup> HAYEK, Friedrich A., *Individualismo: el verdadero y el falso*, Unión Editorial S.A., Madrid, 2009, p. 3.

<sup>6</sup> NEGRO, Dalmacio, *Historia de las formas del Estado: una introducción*, El Buey Mudo, Madrid, 2010.

Estado, como acusaban los marxistas-leninistas a finales del siglo XIX y principios del siglo XX<sup>7</sup> alejadas de toda teoría descriptiva.

Frente a tales posiciones, luce menester destacar, que la supuesta extinción del Estado no ha sido tal, máxime si se toma en cuenta que la forma histórica de poder que llamamos «Estado» goza de mucha salud. De hecho, desde 1945 a la actualidad (2017), la Organización de Naciones Unidas ha visto incrementar sus miembros de manera desproporcionada.

A finales de 1945, contaba con cincuenta y un (51) miembros fundadores, para llegar a una suma promedio de más de casi doscientos (200) miembros en 2017<sup>8</sup>. Es cierto que no todos tienen las mismas características, formas de gobierno y regímenes legales, pero es llamativo el dato, en el entendido de que resulta sintomático de cómo se reproduce la forma histórica desde el siglo XVI en adelante, pero mucho más en el siglo XX.

Este crecimiento desmesurado de «Estados»<sup>9</sup> en el ámbito de la comunidad internacional, no significa que no sufra de un franco deterioro. Analistas importantes han mostrado su franco declive como toda forma histórica. La cuestión interesante en el ámbito occidental, estriba en el hecho de que esa forma histórica ha mutado en lo que se ha denominado «Estado administrativo» en clara oposición al ideal político del «rule of law», lo que invita a reflexionar sobre ambos temas y el porvenir de la libertad individual bajo esta forma histórica.

#### **I. ESTADO ADMINISTRATIVO, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (BUROCRACIA) Y «WELFARE STATE» (ESTADO DE BIENESTAR).**

Frente a la irrupción del credo ideológico encubridor de la realidad, las clásicas teorías liberales - por lo demás realistas<sup>10</sup>, pueden dar cuenta en la actualidad del crecimiento

---

<sup>7</sup> Por todas las atinadas críticas de KELSEN, Hans, *The Communist Theory of Law*, Fred B Rothman & Co, USA, 1988 y *The Political Theory of Bolshevism*, The Lawbook Exchange, Ltd., USA, 2011

<sup>8</sup> Véase Organización de las Naciones Unidas (ONU) en <http://www.un.org/es/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html>

<sup>9</sup> PENDÁS GARCÍA, Benigno, «División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea» en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 5, Universidad de Oviedo: Área de Derecho Constitucional, Oviedo, 2009.

<sup>10</sup> GAMBESCIA, Carlos, *Liberalismo Triste: Un recorrido de Burke a Berlin*, Ediciones Encuentro, S.A, Madrid, 2015.

singular de la forma histórica Estado, su modo de «Estado administrativo» y los peligros que puede deparar y ya están ocasionando a la libertad individual.

En efecto, esta forma histórica denominada «Estado administrativo», relacionada con el llamado «Estado Providencia», «Estado de Bienestar» (*Welfare State*) o «Estado social democrático de Derecho», en tanto formas que ha ido adoptando el poder, tiene la particularidad de ser el resultado de un largo proceso histórico de sustitución de religiones tradicionales por religiones seculares.

A los efectos de destacar la singularidad del «Estado Administrativo» (*Verwaltungsstaat*), luce pertinente destacar la postura de Carl SCHMITT, quien sostenía con meridiana claridad, que esta forma histórico-política podía y de hecho lo hace, apelar a «la necesidad objetiva, a la situación real, a la fuerza coercitiva de las relaciones, a las necesidades de la época y a otras justificaciones no basadas en normas, sino en situaciones fácticas», de allí que encuentre su «principio existencial en la conveniencia, en la utilidad»<sup>11</sup>, de lo que se deduce que el «rule of law» riña con esta forma histórica.

La aparición del «Estado administrativo» está íntimamente emparentada con el proceso de declive del derecho privado y la progresiva invasión del derecho público en los ámbitos de aquel. No se trata de denostar al derecho público (derecho constitucional y derecho administrativo entre otras disciplinas) tan importantes para la garantía de la libertad individual, sino de mostrar que la invasión y eventual proceso de carcomer las normas de reglas de recta conducta (leyes) por mandatos dictados por la autoridad ha fortalecido al «Estado administrativo», además de facilitar la posibilidad de hacer de éste una forma incontrolable jurídicamente.

La pretensión de control jurídico del «Estado administrativo» en consonancia con el ideal político de «rule of law»<sup>12</sup>, consideraban los liberales clásicos y también juristas comprometidos con la libertad, podría venir del Derecho administrativo, disciplina surgida

---

<sup>11</sup> SCHMITT, Carl, *Legalidad y Legitimidad*, Editorial Comares, S.L., Granada, 2006.

<sup>12</sup> La distinción entre «rule of law», «estado de derecho», «État de droit» y «Rechtsstaat» escaparía a los efectos de este trabajo, pero está demás sostener que no son lo mismo.

históricamente en Francia, al calor de la revolución gala de 1789, con el objetivo (consecuencia no querida de los revolucionarios) de dotar a la Administración pública (burocracia), de un derecho singular, diferente al derecho privado, que le permita a la administración conseguir el «interés general».

Esta singular disciplina del Derecho administrativo, tan necesaria para el «Estado administrativo» ha estado siempre reñida con el ideal político del «rule of law». Dada la dificultad de este concepto para el ámbito no anglosajón, resulta pertinente destacar que dicho ideal surgió con mayor fuerza luego de la *Glorious Revolution*, con antecedentes en la cultura greco-romana y en la *Constitutio Libertatis* de 1215<sup>13</sup>.

El mismo tiene como columna vertebral la importante idea de la *isonomía*<sup>14</sup>, -la igualdad *ante* la Ley-, la cual posibilitó aún más el disfrute de la libertad de todos por igual, pese a que ya en la época del *Imperio Romano* sufrió un considerable revés, cuando se renunció progresivamente a la importancia de la Ley en sentido estricto y prevaleció la nueva política social, cuyo objetivo era incrementar el control sobre la *vida económica*<sup>15</sup>, que como siglos más tarde advirtiera HAYEK, implica también el control de los fines de la vida humana.

La idea del «*rule of law*» basado en la idea de la *isonomía*, ha sido el fruto evolutivo de un complejo de doctrinas, «formuladas en diferentes épocas y cuya única coincidencia es que buscan el mismo fin: limitar la coerción por el poder del Estado a las instancias en las cuales es requerida explícitamente por reglas generales y abstractas que han sido divulgadas con antelación, son aplicadas a todos los hombres por igual y se refieren a circunstancias conocidas por ellos»<sup>16</sup>, lo que posibilitó el que el hombre buscara su propia felicidad, bajo el principio ético de que los intereses privados no son *per se* contrarios al llamado «interés general».

---

<sup>13</sup> DE BRACON, Henry, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, Cambridge University Press, USA, 2012, 4598 pp.

<sup>14</sup> FLORIO, John, *A Worlde of Wordes*, University of Toronto Press, 2013, 768 pp.

<sup>15</sup> HAYEK, Friedrich, *El Ideal Político del Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 19; y, TEMIN, Peter, “La economía del alto imperio romano” en *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, Vol. VI, nº 2, Unión Editorial-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2009, pp. 265 a 290.

<sup>16</sup> HAYEK, Friedrich, *El Ideal Político del Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 64.

La estrecha relación entre el «Estado Administrativo» y el Derecho administrativo es sin duda un elemento importante a tomar en cuenta en la ecuación. La posición liberal-constitucionalista de restringir el poder político requiere del auxilio de un Derecho administrativo más liberal con el objetivo de evitar que el Estado avasalle al individuo.

Sin embargo, tal finalidad como sugiere la literatura especializada, se hace ilusoria si se toma en cuenta el particularismo del Derecho administrativo como disciplina diferente al derecho privado que se aplica a las relaciones entre particulares.

Esta importancia del Derecho administrativo como medio para poder frenar el poder avasallante del Estado, fue debidamente registrado por F.A. HAYEK, quien sostuvo que «en la discusión técnica que concierne al derecho administrativo se decide el destino de nuestra libertad».<sup>17</sup> A este respecto, B. LEONI, sostenía de igual forma, que esto era importante pero que no era lo único en donde se decidía la libertad.

La posición de HAYEK, de alguna manera es compatible con la de LEONI, y de A.V. DICEY<sup>18</sup>, último pensador, quien siempre sostuvo la incompatibilidad del «rule of law» con el «Estado administrativo» y con el Derecho administrativo galo. En ese sentido, el ideal político del «rule of law» no es una mera “técnica jurídica”, sino que es un principio “meta-legal”<sup>19</sup>, por lo que no equivale a la mera sumisión estatal a cualquier *legalidad*, sino a una en particular, aquella que cumpla con ciertos principios, a saber:

- i. supremacía (supra-legalidad) constitucional;

---

<sup>17</sup> WEIL, Prosper, *El Derecho Administrativo*, Cuadernos Taurus, Madrid, 1966, p. 81.

<sup>18</sup> La cuestión es la siguiente: A.V DICEY, en su *Introduction to the study of the law of the constitution* (1915) había sostenido la tesis según la cual, existían diferencias entre la constitución francesa y el régimen jurídico inglés. Si bien no había tantas diferencias en su origen, rápidamente comienzan a diferenciarse dos tradiciones que luego F.A. HAYEK, analizará. Sin embargo, el pensador austriaco consideraba que DICEY, exageraba las diferencias, en especial, la incompatibilidad entre «rule of law» y el «Derecho administrativo galo». Una cita de DICEY, puede ilustrar la situación: «Si limitamos nuestra observación a la Europa del siglo XX, podríamos muy bien decir que en la mayoría de los países europeos la rule of law está hoy en día casi tan bien establecida como en Inglaterra, y que los individuos privados, en todo caso, que no se mezclan en política, tienen poco que temer mientras cumplan con la ley, proceda ésta del gobierno o de cualquier otra fuente» DICEY, Albert Venn, *The Law of the Constitution*, Oxford Edition of Dicey, University Press, USA, 2013

<sup>19</sup> DICEY, Albert Venn, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, USA, 1982, 585 pp.

- ii. ausencia de poder arbitrario por parte del *gobierno* gracias al concepto de *propiedad* en sentido *lockeano* (vida, libertad y bienes), que realza los espacios de inmunidad de los ciudadanos frente al poder;
- iii. la sujeción de todo hombre, independiente de su raza, sexo, credo, o condición social a la Ley y, por tanto, a la jurisdicción de los tribunales;
- iv. generalidad, igualdad y seguridad jurídica;
- v. división del poder;
- vi. garantía de los derechos individuales
- vii. limitación a la «discrecionalidad administrativa», concebida ésta como limitación a la acción administrativa cuando interfiera en la esfera privada del individuo, protegida ésta por los tribunales competentes, no sólo para decidir si la acción administrativa es *infra vires* o *ultra vires*, sino también, para observar si la decisión administrativa cumple con una *sustancia*, a saber, los requerimientos del «*rule of law*», lo que permite que el ciudadano y, por ende, su propiedad privada no sean convertidos en objeto o medio para la acción administrativa, prohibiendo y limitando a la Administración Pública el ejercicio de *poderes discrecionales* en contra de los derechos fundamentales de los individuos, evitando con ello el «despotismo administrativo»<sup>20</sup>, y, por último, el garantía de los derechos individuales;
- viii. la *revisión judicial* de la actuación estatal por parte de los tribunales, cuando haya interferencia estatal en la propiedad privada de los ciudadanos y cuando atenten contra lo estipulado en la Constitución.

Esta tensión entre «*rule of law*» y «Estado administrativo»<sup>21</sup> no ha escapado a la reflexión jurídica por la libertad en el siglo XXI. La irrupción de un aparato administrativo en los Estados Unidos de América, ha sido descrito como el proceso de declive final del «*rule of law*» al

---

<sup>20</sup> HAYEK, Friedrich, *El Ideal Político del Estado de Derecho*, op. cit., 2011, pp. 74-79.

<sup>21</sup> ERNST, Daniel R., *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, USA, 2016 y HAMBURGER, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, USA, 2015

ampliarse los poderes del Gobierno y erigirse un Estado, en tanto forma histórica que no existía en el ámbito anglosajón.

Ahora bien, es pertinente destacar que la posición clásica según la cual el «Estado» no ha existido históricamente en los Estados Unidos de América sino a lo sumo, un gobierno débil, ha venido cuestionándose a nivel teórico amén de que ha venido surgiendo en la praxis.

En efecto, el «Estado administrativo» en los Estados Unidos de América, ha venido a mostrarse como algo que ha estado oculto por mucho tiempo y que ha sido descrito como la pesadilla de TOCQUEVILLE. La develación de este Estado administrativo» oculto ha girado en torno a la idea de evidenciar la equivocación todavía presente, de hacer un paralelismo de la burocracia norteamericana con la europea continental. En ese sentido, las diferencias son sin duda importantes, pero el hecho de que sean diferentes las burocracias, no significa que no haya existido una desde hace mucho tiempo en los Estados Unidos de América.

En el siglo XX, comienzan las reflexiones teóricas para analizar el «Estado administrativo» en los Estados Unidos de América. Al amparo de un ideal político de «rule of law», muchos pensadores negaban realidades importantes, como es la aparición de entidades regulatorias en un hecho que se evidencia desde los albores de la República en 1787 y que se fortalece en el siglo XX cuando se acelera el proceso lento de construcción de un «Estado», al margen de las previsiones constitucionales que instituyen simplemente un «Gobierno» como forma natural de decisión de un grupo de hombres con labores concretas.

Para pensadores no anarquistas como MISES<sup>22</sup> y HAYEK, la burocracia es un elemento indispensable al menos para poder materializar los fines esenciales para los cuales se constituye una autoridad, a saber: justicia, orden público y defensa. A estos autores, sin embargo, se les escapó la diferencia entre «Estado» y «Gobierno».

Ahora bien, la posición del liberalismo clásico frente a la irrupción del «Estado administrativo» no es tan clara. Más allá de las advertencias nocivas de la planificación estatal y de la omnipotencia del gobierno, es ahora que empieza a esbozarse al menos una teoría en el

---

<sup>22</sup> VON MISES, Ludwig, *Bureaucracy*, Lib Works Ludwig von Mises PB, Liberty Fund, Indianapolis, 2007.

ámbito liberal, que de debida cuenta de los efectos que está teniendo la actividad administrativa en la libertad y cómo la concreción de un Estado en países hasta ahora modelos del «rule of law» ocurre en medio del desconcierto y la prédica anarquista.

No se trata de un desarrollo del Derecho administrativo en estados socialistas, se trata de una irrupción fuerte de un Derecho administrativo al margen del Derecho en países en los que a lo sumo lo más fuerte gubernamentalmente en cuanto a acción del gobierno políticamente ha sido el *New Deal*. La subestimación del poder gubernamental creciente y la creación al margen de la Constitución de un «Estado» en los Estados Unidos de América refleja en buena medida el diagnóstico sostenido por HAYEK, de un declive profundo de las convicciones morales subyacentes en la sociedad libre.

El proceso por tanto de un «Estado Administrativo» al margen de la Constitución no es una cosa baladí. En el caso de Estados Unidos de América y Reino Unido, la forma política «Estado» históricamente ha estado reñido con su proceso socio-histórico. De hecho, se ha afirmado con razón que la noción es desconocida en su historia y en su derecho. Sin embargo, la irrupción de las morales positivas y colectivistas no han dejado inmune los modelos o sistemas políticos en favor de la libertad que en otras partes se imitan.

La existencia del «Estado Administrativo» no ha estado condicionado al consenso imperante del *New Deal* hasta el presente. No cabe duda que en la década de los años treinta, el *New Deal* modificó el sistema constitucional norteamericano, al punto de que pudiera decirse que mutó. No solo fue cambiando el pensamiento constitucional tradicional por otro más «progresista», sino que también los jueces fueron reescribiendo la Constitución con la meta de hacer más legal el «Estado Administrativo» al amparo de la moralización del derecho.

## **II. EL «DERECHO ADMINISTRATIVO» COMO HIJO DEL ESTADO ADMINISTRATIVO: RESPUESTAS LIBERALES ACTUALES.**

Una de las cuestiones antes apuntadas es la relación innegable existente entre el Derecho administrativo y el «Estado administrativo». En efecto, el Derecho administrativo surgido en Francia, ostenta unas características singulares no presentes históricamente en los países

pertenecientes al *common law* como es el hecho de establecer una relación entre ciudadano y Estado en planos de desigualdad tan típica a los países europeos y latinoamericanos.

La adopción en Estados Unidos de América del Derecho administrativo en la tradición francesa ha sido un aspecto del todo desatendido en los debates liberales en América española y en Europa continental. De hecho, la distancia existente entre el *storytelling* de idealizaciones pasadas ha obnubilado la atención a temas del presente cruciales.

A este respecto, las obras de Richard EPSTEIN<sup>23</sup>, Daniel ERNST<sup>24</sup> y especialmente, las de Philip HAMBURGER<sup>25</sup>, son esenciales para comprender la adopción extraña de instituciones europeas continentales por parte de los países que pertenecen al ámbito del *common law*.

La creación de un «Estado administrativo» al margen de la Constitución, se explica sin duda de diversas formas, como puede ser el análisis teórico y normativo que debería dar cuenta a través de la historia de cómo la forma «Estado» ha requerido de una concentración de poder -la mayor de las veces- al margen de la ley.

Para Philip HAMBURGER en su incesante labor desmitificadora, el Derecho administrativo norteamericano se ha caracterizado por ser sutilmente una nueva forma de encubrimiento de la preferencia despótica existente por parte de los detentadores del poder político, quienes ven en el absolutismo continental y su creación, a saber, el Derecho administrativo en la concepción francesa, una manera eficiente de abandonar el ideal político de «rule of Law» gracias al proceso de *pleonexía* del *orden social liberal*.

Este «Estado administrativo» como lo insinuara SCHMITT, pero también MATTEUCCI, implica que se afirme:

«[...]la primacía de la política –y por tanto su autonomía respecto a la constitución-para alcanzar finalidades a menudo contingentes y producir una inflación legislativa que, en cuanto política, es oscura, y en la que no observan los grandes principios jurídicos y se fija más la excepción que la regla, actuando así, con una *lex in fraudem legis*, sea una forma de

---

<sup>23</sup> *Why progressive institutions are unsustainable*, Encounter BroadSides, USA, 2011.

<sup>24</sup> ERNST, Daniel R., *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, USA, 2016.

<sup>25</sup> HAMBURGER, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, USA, 2015

discriminación entre los ciudadanos, sea una disimulada expropiación de la propiedad de los particulares. Se verifica pues, una crisis de la unidad del ordenamiento jurídico, con una legislación contingente, que ya no se puede reconducir al sistema, el cual tenía en sus principios jurídicos, en sus instituciones, en sus conceptos básicos una racionalidad intrínseca. Falta también la separación de poderes, porque como si siguiéramos las indicaciones de la escuela de derecho libre- en la aplicación de la ley prevalece con frecuencia el valor de la justicia sobre la certeza. El Estado contemporáneo es cada vez más Estado administrativo, pero con una nueva mentalidad: no se trata ya de aplicar la ley, educados en la lógica del derecho, sino de actuar y de dirigir las oportunas técnicas operativas, por lo que la justicia en la administración es a menudo violada por normas derogatorias respecto al derecho privado y al derecho constitucional. También la ley pierde su soberanía: el Estado, en efecto, acepta silenciosamente que haya fuerza en su interior, como los sindicatos, que tienen derecho a violar la ley común. Ahora todo corre el riesgo de ser politizado: en la primacía de lo político se eclipsa un poder soberano neutro, capaz de hacer respetar la antigua máxima *audiatur et altera pars*»<sup>26</sup>

En efecto, las llamadas prerrogativas regias reconocidas en el *common law*, siempre sujetas al derecho, han sido desplazadas en los países de la órbita anglosajona por prerrogativas al margen del derecho, o justificados en el nudo poder como sucede en la tradición europea continental. Esto explica que las llamadas «agencias administrativas» puedan ahora dictar disposiciones normativas sin necesidad de que exista legislación previa y disfrutar del privilegio de «autotutela administrativa»<sup>27</sup>, lo que significa que los actos de las agencias valen jurídicamente igual que las sentencias judiciales en detrimento del denostado principio de separación de poderes.

Estos «poderes administrativos» alejados incluso del derecho, han llevado a HAMBURGER a sostener la idea de que hablar en estos términos de Derecho administrativo es abusar del

---

<sup>26</sup> MATTEUCCI, Nicola, *El Estado Moderno. Léxico y Exploraciones*, Unión Editorial, Madrid, 2010, p. 41 y 42.

<sup>27</sup> La llamada potestad de «autotutela administrativa» permite a la Administración Pública proceder por sí misma, sin necesidad de acudir a los tribunales, salvo *a posteriori*, en tanto sus actos están dotados de los privilegios de «ejecutividad» y «ejecutoriedad», lo que genera una desvalorización de la igualdad *ante la Ley*, de modo tal que en rigor, puede sostenerse que no hay *igualdad*, ya que los individuos se encuentran en una situación de minusvalía frente a la Administración, bajo un *status subjectionis*, derivada de la supremacía de aquella sobre el individuo, en ejercicio de esa *eminentia jura* sobre el resto de los ciudadanos, que se ha llamado eufemísticamente «derecho exorbitante del derecho común»

lenguaje, pues se trata más bien de un poder administrativo. La distinción no es baladí, si se toma en cuenta que la palabra derecho alude a límites y la de poder al menos alude a un concepto que está reñido con el de límites, pero si relacionado con compulsión.

Esta irrupción del «Estado administrativo» en los Estados Unidos no es particular de la instauración del *New Deal*. De hecho, algunos autores remontan la idea a la construcción de un Derecho administrativo que hunde sus raíces en las primeras delegaciones efectuadas por el Congreso Federal de los Estados Unidos a determinadas personas con el objetivo de que éstos ejercieran poderes coercitivos extrajudiciales, generando todo un sistema de poder administrativo con su propio sistema de adjudicación administrativa.

La paradoja expuesta por HAMBURGER, y MASHAW,<sup>28</sup> es que muchas veces la gente -y los políticos especialmente- han dotado de poderes hercúleos a la Administración pública sin saberlo, por la ignorancia existente en lo que concierne al Derecho administrativo.

En tal sentido, la ruptura del «Estado administrativo» con la separación de poderes clásica es evidente y con ello, el declive del «rule of law» dado que al adjudicarle a las «agencias administrativas» -Administración pública- poderes normativos y judiciales, sea mediante delegación o ley emitida por el Congreso, ello resulta en una ruptura con la representación política, dado que ya no serán los representantes políticos en el Congreso los únicos que podrán emitir disposiciones normativas obligatorias sino que lo podrá hacer un poder administrativo ilimitado.

Más allá de la discusión sobre el re alzamiento de límites a la burocracia derivada de leyes como la *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946, de lo que se trata es, de evidenciar, que la procedimentalización de las funciones de las agencias, de ningún modo reducen del todo el poder hercúleo que representa una administración pública que se controla a sí misma y se regula a sí misma.

A este poder inmenso que obtiene el «Estado administrativo», el liberalismo clásico sin duda alguna ha quedado raquítico, dada la poca atención que se le ha otorgado a este proceso

---

<sup>28</sup> MASHAW, Jerry L. *Creating the Administrative Constitution: The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, Yale University Press, USA, 2012.

singular de declive y reemplazo del «rule of law» por formas de intervención estatal, en detrimento de los principios del *common law*, por muchos años ajeno a la distinción entre poder político y ciudadanos en su sujeción a la ley, gracias a la consigna según la cual es necesario que el poder político *conforme* la realidad económica o la realidad social<sup>29</sup>.

En efecto, como bien advertía DE TOCQUEVILLE, a los hombres que gozan de libertad, por lo general se interesan por «nuevas libertades» o valores, y llegan al extremo de sacrificar la libertad heredada por algo *nebuloso* como sucede actualmente con el conocido y contradictorio «Estado administrativo»<sup>30</sup>, poco respetuoso con los derechos de los individuos, los cuales quedan a merced de los privilegios y prerrogativas del Estado.

## CONCLUSIONES

La irrupción del «Estado administrativo» en países pertenecientes al ámbito del *common law* ha traído como consecuencia la creación jurídica de la forma «Estado», por siglos rechazada por el pensamiento político-jurídico en esos países, como se refleja en la famosa frase de ALLEN, «the estate is not an entity recognised by our law».

No se trata de negar el Derecho administrativo, sino mostrar que el que ha proliferado en el ámbito del *common law* heredado de Europa continental, minará a la postre, el ideal político del «rule of law». En efecto, teniendo presente que existen también concepciones liberales del Derecho administrativo, es menester por tanto mostrar de manera crítica, que en aquellos países como los Estados Unidos de América en donde se requieran normas que disciplinen el actuar del Gobierno, ello podría hacerse sin crear un «Estado administrativo», y adoptando normas de Derecho administrativo más compatibles con la libertad y el «rule of law».

Dada la poca atención que se le ha brindado en ambientes liberales a la situación político-constitucional en los países que se toman como modelos de «rule of law», es menester al

---

<sup>29</sup> FORSTHOFF. Ernst, *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1966.

<sup>30</sup> Examinado con cuidado no deja de ser una *contradictio in adjecto* tal cláusula, la cual sólo puede ser comprensible por aquellos que eluden las cuestiones *de hecho* de la civilización occidental, en aras de fortalecer determinadas utopías, ausentes de la necesaria consistencia lógica.

menos advertir que el debate resulta inconcluso, toda vez que mientras se aboga por un ideal, éste en la práctica se desvanece dado que se ha venido perpetrando un proceso, en el que ante el silencio constitucional y la no previsión en la misma de ningún poder administrativo, se hace imposible el respeto de los derechos individuales, quizás por el hecho pocas veces meditado de que:

«[...] Hace sesenta u ochenta años, el ideal al que me referiré había conquistado las mentes –aunque en la práctica la situación no siempre fue pareja- de todas las naciones del mundo occidental. Pocos dudaban de que el destino de este ideal fuera regir el mundo en un futuro cercano. La civilización material que nos envuelve, y que al menos las clases gobernantes de todos los pueblos han adoptado, todavía es producto del dominio de ese ideal. Y dado que aun describimos nuestros ideales políticos en los mismos términos de nuestros abuelos, poca gente tiene conciencia de cuánto ha cambiado el significado de esos términos y cuán lejos estamos de los ideales que se invocaban antaño»<sup>31</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

- CUBEDDU, Raimondo, *Atlas del Liberalismo*, Unión Editorial S.A., Madrid, 1999, 191 pp.
- DE LA NUEZ, Paloma, *La Política de la Libertad: Estudio del Pensamiento Político de F.A. Hayek*, Unión Editorial S.A., Madrid, 2010, 329 pp.
- DE LA TORRE, Ángel Sánchez, *Textos jurídicos y contextos sociales en F.A. Hayek: fundamentos de conocimiento jurídico*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2011, 422 pp.
- DIETZE, Gottfried, “Democracia tal como es y la democracia apropiada” en *Estudios Públicos*, n° 6, Centro de Estudios Públicos (CEP), Santiago de Chile, 1982, pp. 7-35
- FESER, Edward, *The Cambridge Companion to Hayek*, Cambridge University Press, London, 2007.
- HAYEK, Friedrich A., *Camino de Servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 2011. *Derecho, Legislación y Libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial S.A., Madrid, 2006.

---

<sup>31</sup> HAYEK, Friedrich, *El Ideal Político del Estado de Derecho*, op. cit., p. 8.

*Estudios de Filosofía, Política y Economía*, Unión Editorial S.A-Universidad Francisco Marroquín, Madrid, 2012.

HAZLITT, Henry, *Los Fundamentos de la Moral*, Universidad Francisco Marroquín (UFM), Guatemala, 2012, 428 pp.

LEONI, Bruno, *La Libertad y la Ley*, Unión Editorial S.A., 2010, 278 pp.

SALAZAR, Oswaldo, “El sistema de ideas hayekiano y la tradición fenomenológica” en *Laissez-Faire*, n° 16-17, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2002, pp. 1-30.

VON MISES, Ludwig, *Liberalismo: la tradición clásica*, Unión Editorial S.A., 2