

VELASCO CABALLERO, F., *ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DERECHOS ADMINISTRATIVOS*, MADRID (MARCIAL PONS), 2020, 212 PP.

CARLOS FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ*

La obra del autor, catedrático de derecho administrativo, consiste en un análisis comparado de los diferentes sistemas de Administraciones públicas y sus correspondientes Derechos administrativos desde un enfoque global, incluso tomando en consideración culturas jurídicas que no suelen ser protagonistas en los estudios de derecho comparado.

En el preliminar encontramos la idea fuerza que se encuentra presente a lo largo del libro relativa a la homogeneidad y diversidad como notas características de las categorías de Administraciones públicas y Derechos administrativos a nivel global. El autor apuesta por una combinación de ambas, desechando por una parte que la Administración tenga una naturaleza común y evolutiva donde las diferencias entre sistemas sean accidentes, malformaciones y patologías, y, por otra, que, frente a la reivindicación de la diversidad y el reconocimiento de las identidades colectivas, haya perdido sentido hablar de las mismas como categorías universales. Así, opta por reconocer a la Administración pública y al Derecho administrativo como fenómenos políticos universales a la vez que tiene muy presente la diversidad empírica, no como accidentes o patologías locales, sino como elementos primarios de cada realidad administrativa.

El presente trabajo se divide en siete capítulos. El primero se encuentra dedicado a las diferentes formas que pueden adoptar las administraciones públicas, bajo un concepto universal de Administración pública, pero con muchas y diversas formas jurídicas y de actuación. El autor sostiene que existe un concepto mínimo y elemental de Administración como organización pública instrumental para la ejecución de decisiones públicas pero, de ahí en adelante, la diversidad cobra un papel principal, por lo que ésta será el eje sobre la que girará el presente libro. A continuación, se exponen una serie de sesgos que han condicionado la conceptualización homogénea de la Administración pública, como el eurocentrismo, la preeminencia de la perspectiva político-constitucional y el evolucionismo histórico;

* Investigador en el Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Área de Derecho Administrativo. Correo electrónico: carlos.fernandezespinar@gmail.com

Esta investigación está financiada por la Universidad Autónoma de Madrid a través del Programa de Ayudas para el Fomento de la Investigación.

para más tarde mostrar perspectivas de análisis para una comprensión diversificada como la apertura epistemológica a la ciencia política, el Derecho administrativo, la psicología, la ciencia de la Administración o la economía.

Especial interés nos suscitan en este capítulo, y que tienen una continuidad en el último de la obra en relación con *«qué Administración para el futuro»*, las consideraciones en torno a la búsqueda de la legitimidad de las administraciones públicas. Siendo éste un aspecto esencial de partida sobre cuáles deben ser las tareas y objetivos de nuestro Derecho administrativo, se produce una cierta toma de postura por el autor, o al menos sin planteamiento crítico, sobre la deriva de los gobiernos hacia un Derecho administrativo más reglamentario y menos parlamentario, no exento de especial controversia en relación a esta cuestión, crucial en nuestra opinión, sobre la legitimidad democrática de la Administración y sus funciones que debieran derivar del principio de legalidad y de la expresión de la soberanía popular como manifestación de las teorías sobre el contrato social.

La postura previa que el administrativista adopte sobre esta cuestión será clave en los desarrollos posteriores de su contenido y preferencias de estudio y análisis. Puede estar más inclinado hacia un derecho administrativo de la organización interna de la administración (tributario de un modelo centrado en una política tecnocrática de mera gestión derivada de la creencia, sin previa discusión, de la primacía del modelo y técnicas del «razonamiento mercantil» y su primer mandamiento de actuación en la toma de decisiones que es exclusivamente el «cuanto», y que hoy en día aqueja a la gran mayoría de nuestras sociedades) o por el contrario más centrado en los derechos de los ciudadanos, además y especialmente en la situación actual de desafección generalizada, en que los ciudadanos se sienten cada vez más frustrados por un sistema político incapaz de actuar por el bien público o de tratar las cuestiones que más importan.

Por otra parte, no debemos olvidar que los cambios de paradigma de los modelos de Estado y Administración, como sucedió ya en la década de los 80 con origen en Alemania con el paso de un Estado prestacional a un Estado garante y regulador (en el más que difícil ejercicio realizado de funambulismo de que este tránsito se realizaba sin que ello afectara al Estado Social) no son «necesariamente» consecuencia de señales de insuficiencia o agotamiento del modelo sino de una opción ideológica política y económica inducida por los promotores de ese cambio. La política con mayúscula debería ser «ir por delante» transformando las estructuras y los modelos para conseguir una sociedad más justa, y no una mera «adaptación» a modelos impuestos por unas minorías que ejercen poderes no democráticos.

El segundo capítulo traslada esa idea, la de la universalidad y diversidad de la Administración pública, al Derecho administrativo como su consecuencia directa. El Derecho administrativo es un fenómeno empírico universal que se ha tratado de conceptualizar a través de teorías objetivas (como Derecho de la función administrativa) y subjetivas (como Derecho de la organización administrativa). El autor realiza a continuación una interesante reflexión sobre el pensamiento evolucionista: por un lado defiende la selección y generali-

zación de técnicas e instituciones que mejor funcionan, pero tiene en cuenta que esta idea no conduce necesariamente a la convergencia de los distintos derechos administrativos, ya que son relevantes tanto los diferentes contextos sociales y variables los grados de importación en función de las singularidades de cada sistema, como las soluciones que por separado adoptan para afrontar sus respectivos problemas, lo que lleva a inevitables divergencias. También son destacables las aportaciones sobre la relatividad del Derecho administrativo debido a su convivencia con tres realidades jurídicas complementarias (el derecho común, su expansión fuera del ámbito originario y su creciente sectorialidad) y su diversidad funcional (dirección, legitimación y control de la Administración).

En el tercer capítulo, trata de manera exhaustiva los tipos de derechos administrativos en función de su relación con la Constitución (más o menos parámetros materiales), la mayor o menor aplicación del Derecho común, su estructura centralizada o descentralizada, su identidad frente al Gobierno (autonomía e independencia), sus prerrogativas y la fuerza del principio de legalidad, sus fuentes (normas, instrucciones y jurisprudencia), la relación con sus empleados, la colaboración de los particulares en la consecución de intereses generales y la forma de control jurídico y judicial de la Administración (controles internos y externos). En función de la combinación de los anteriores elementos caracterizadores, el autor distingue de forma muy gráfica y sugestiva entre dos grandes tipos de Derechos administrativos. Por una parte, encontramos el legitimador que promueve la autonomía e independencia de la Administración; así, el Derecho orienta y encuadra la actividad administrativa pero no lo dirige, se centra en procedimientos más que en el contenido de las decisiones, se suprimen las normas condicionales y opta por mandatos de resultado, incentiva la ponderación, la descentralización y un control judicial limitado. Y por otra parte el directivo, donde la Administración es aplicadora de normas que programan su actuación de manera densa y extensa, es centralizada, el control jurídico es extenso e intenso y los poderes de intervención son precisos y taxativos.

Tras un breve apunte en el capítulo cuarto sobre las normas positivas y las teorías y sistemas metodológicos, donde destaca la diferencia entre sistemas con fuentes exógenas (España, Italia, Sudamérica y Asia) y endógenos (Alemania), el capítulo quinto estudia las ideas ordenadoras del derecho, entendidas como esquemas o estereotipos normativos que dogmáticamente necesita el Derecho positivo para ser racional y coherente. Resulta interesante la aportación relativa a que las innovaciones jurídicas se llevan a cabo en el terreno sectorial, mientras que las más exitosas se exportan al derecho administrativo general. Sin embargo, también es necesario, como afirma el autor, tener en cuenta que no todas las normas generales necesitarán un seguimiento y evaluación *ex post* o *cláusulas de caducidad* que sí son típicas de las sectoriales debido a su dependencia de los avances científicos en gran medida. También resulta sugerente la afirmación sobre la pérdida de utilidad ordenadora del tridente de formas jurídicas primarias (acto, norma y contrato), debido a la importancia central de las actuaciones directas de la Administración en el marco del Estado social.

A continuación, es destacable el razonamiento que lleva a concluir al autor que la función contemporánea de garantía en realidad consiste en retomar la función de policía «renovada en su instrumentalio», agregando a las tradicionales técnicas de regulación, inspección o sanción, y otras como la información pública. Igualmente, se trata la distinción entre departamentos y agencias en función de su grado de independencia respecto al gobierno político y la problemática sobre la importación de las agencias desde Estados Unidos a Europa, donde tal grado de independencia no casa bien con nuestro concepto de Administración pública regida por el principio de legalidad y un fuerte control judicial.

Si este es un libro de derecho comparado, el capítulo sexto aborda en profundidad la metodología comparada para estudiar la diversidad existente en los distintos ordenamientos jurídico-administrativos que ya ha quedado de manifiesto. Deja claro el autor que no existe una metodología comparativa uniforme y que por ello se limitará a identificar los elementos relevantes que justifican cada una de ellas. Es necesario distinguir entre la macrocomparación (de ordenamientos enteros en su conjunto) y la microcomparación (de regulaciones concretas), así como entre la función prescriptiva (buscar soluciones o regulaciones extranjeras para hacerlas propias) y la explicativa (extraer teorías para comprender el Derecho extranjero o entender el propio Derecho por oposición e imitación del ajeno). A la hora de seleccionar los ordenamientos comparables es necesario tener en cuenta realidades jurídicas favorecedoras a la comparación, como las familias (*civil law* y *common law*) o espacios jurídicos (organismos internacionales como la Unión Europea). También resulta fundamental las labores de localización dentro del sistema normativo de la regulación a comparar, la contextualización teniendo en cuenta el sistema institucional y la funcionalización consistente en buscar normativa simétrica, es decir, que cumpla la misma función, y no limitarse a una identidad que en muchas ocasiones no existe. Por último, existen dos tipos principales de procedimientos comparativos. El vertical, donde un sujeto ajeno a los ordenamientos a comparar, coteja entre un elevado número de sistemas para encontrar similitudes y diferencias y llegar a realizar una comparación valorativa sobre cuál es la mejor de ellas para atajar una cuestión jurídica concreta. En el horizontal, por otra parte, un sujeto compara su ordenamiento propio con otro, y es preciso tener en cuenta que, si pretende importar una solución, regulación o teoría del ordenamiento ajeno, ésta deberá pasar por los filtros de validez y coherencia respecto al marco legal e institucional del Estado receptor.

Finalmente, el último capítulo del libro se encuentra dedicado a las reformas administrativas. Diferencia entre «reforma», como revisión integral y definitiva del conjunto de la Administración con origen exógeno, y «reformas», como renovación de concretas estructuras organizativas producidas de manera continua y en ocasiones de modo experimental. Una original aportación es el por qué dichas reformas triunfan o fracasan, destacando tres factores: el contexto institucional (sistema electoral y formulación del principio de legalidad), la formulación de la misma (idoneidad para conseguir los apoyos necesarios y eficiencia en su aplicación por su adaptación a los patrones normales de conducta de quienes

están llamados a implementarla) y un sistema adecuado de incentivos al cumplimiento más allá de la mera natural tendencia humana a acatar los deberes legítimos.

En sus últimas 20 páginas se plantea el autor diversas cuestiones sobre el futuro de la Administración. Frente a la devolución a la sociedad de numerosas tareas ejercidas tradicionalmente por la Administración, ¿se virtualizará el denominado *Leviathan* o llegará incluso a desaparecer la Administración? En su opinión, esto último seguramente no ocurrirá debido a que, mientras la Administración reduce sus funciones, han ido emergiendo nuevos problemas de inseguridad, equidad o eficiencia económica, y la ciudadanía percibe la incapacidad del sector privado para su resolución. Sin embargo, el autor sí que entiende que se producirán cambios profundos en la Administración. Además de la feminización, automatización y robotización, identifica cuatro vectores principales «hipotéticos» posibles: orientación hacia resultados más que a la aplicación de las leyes; la integración de diversas Administraciones en espacios, sistemas o redes; la preponderancia de la actividad administrativa de orden y control respecto de la prestacional; y la apertura de la Administración a la sociedad.

Sin embargo, el propio autor con una honestidad que le honra, manifiesta que ello se basa en un mero análisis de la realidad presente y de un juicio de pronóstico hacia el futuro, aunque nada asegura que tales vectores hipotéticos se conviertan en realidad ni que deparen los mismos efectos en todos los países y en todos los contextos institucionales. Y es más, dichos vectores en muchas ocasiones interactúan y se contradicen entre sí. Sin embargo, como decíamos al inicio de estas líneas la realidad no tiene que ser la que otros impongan sino la que debiera ser más justa, y para ello el administrativista no debiera ser un mero observador sino un actor y promotor del cambio. Tal y como decía el gran profesor y pensador John Rawls, en su interesante debate con Milton Friedman en la década de los 80 y los postulados de la Escuela de Chicago a raíz de la presidencia de Reagan, sobre si la sociedad y la distribución del nacimiento de las personas en una posición particular es justa o injusta, manifestaba que ello son hechos naturales, pero que «*lo que es justo e injusto es la manera en que las instituciones tratan esos hechos*»¹. Ello recuerda una verdad bien conocida que a menudo se olvida: la manera en que son las cosas no determina la manera en que deberían ser².

Sobre el primero de los mencionados vectores, el autor defiende que conllevaría la desprogramación normativa de la actuación administrativa y una «reubicación» del control judicial, no sobre la decisión discrecional en sí, sino sobre la forma de ejercerla. Ello nos parece peligroso aceptarlo sin una crítica. En nuestra opinión, la «discrecionalidad» y su

¹ LOCKE, J., *Second Treatise of Government* (1690), sección 95, 1690, en *Two Treatises of Government*, traducción al castellano de Carlos Mellizo, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid (Alianza), 2008.

² RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass (Harvard University Press), 1971, citado en SANDEL, M.J., *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?*, Barcelona (Penguin Random House Grupo Editorial), 2011, p. 189.

adecuado control constituyen una de las grandes tareas de nuestro derecho administrativo³ desde la óptica de un derecho administrativo pro y en beneficio del ciudadano y frente a los abusos del poder, suscribiendo aquí las palabras del destacado profesor iuspublicista norteamericano Bernard Schwartz sobre el objeto principal del Derecho administrativo: «*verdaderamente, ¿de qué trata el Derecho administrativo si no es del control de la discrecionalidad?*»⁴.

La desafección del ciudadano, quien ostenta la soberanía nacional y los poderes del Estado (art. 1.2 de la Constitución) sólo se reconducirá si éste no «*siente*» que la discrecionalidad es en realidad la prohibida arbitrariedad de los poderes públicos, delgada frontera entre ambas que sólo separa en la práctica la adecuada y exigente «*motivación*» del acto y de la resolución administrativa, y por ende su necesario control judicial pleno.

Recordando así las palabras del maestro E. García de Enterría, para quien el Derecho no es respecto a la Administración «*una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa*»⁵.

Y terminamos así, en razón de la necesaria limitación de este comentario, destacando el cuarto vector sugerido por el autor, que esperamos que sí sea una realidad y objeto de las reflexiones y trabajos de los administrativistas: la apertura de la Administración a la sociedad. Se requiere con urgencia una Administración abierta, moderna y, como destaca el autor, con las siguientes notas: «*transparencia, accesibilidad, capacidad de respuesta ante nuevas demandas y participación ciudadana*», y en efecto en el necesario marco de la ley.

En definitiva, una muy recomendable e imprescindible obra de derecho administrativo comparado que logra condensar una gran cantidad de información útil en sus breves 200 páginas. También es destacable que simplifica el acercamiento del lector a una realidad global compleja a través de su sistemática y sus continuos ejemplos ilustrativos de enunciados que *a priori* pueden parecer abstractos y teóricos.

³ Así en otros destacados autores, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Discrecionalidad y jurisdicción revisora», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1974, p. 285, quien ya afirmaba hace muchos años que «*la discrecionalidad ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo*». Lo mismo que subraya M. Bacigalupo en *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución*, Madrid (Marcial Pons), 1997, p. 21.

⁴ Bernard SCHWARTZ, B. (1991), *Administrative Law*, 3.^a ed., Boston, 1991, página 652; y el sugestivo comentario de Lorenzo Martín-Retortillo al libro del profesor de la Universidad de Nueva York titulado «Los diez mejores jueces de la historia norteamericana», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, pp. 265-276.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, Madrid (Civitas), 1992, pp. 439-440.