

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS POTENCIALIDADES DEL DERECHO  
EN PUNTO A LA INNOVACIÓN

**E**L Derecho vigente no sólo opera ya como factor de estabilización, pues contiene también importantes potencialidades de innovación que es preciso tener en cuenta e insertar adecuadamente en el edificio del Derecho Administrativo. Así sucede desde luego en el plano constitucional, pues por más que –en el plano formal y gracias a la mayor rigidez de su reforma– la norma fundamental procure primariamente estabilidad, no opera en igual forma en el plano de su contenido prescriptivo sustantivo; plano en el que no son infrecuentes las normas abiertas, abstractas e indeterminadas (así, los valores superiores, los derechos y las libertades en su dimensión objetiva y los principios de la política económica y social) que, por ello mismo, diluyen la exigencia de modificación en la misma medida en que permiten diversas posibilidades de concreción. De esta suerte, el marco constitucional, aún permaneciendo el mismo y sin perjuicio de sus mutaciones, posibilita una cierta innovación. Pero ocurre igualmente en el escalón del Derecho Administrativo positivo y no sólo del que es expresión ya del Estado social preventivo, prestador y garantizador dotado de nuevas formas de actuación, sino incluso del que aún responde al que sigue utilizando la forma tradicional de la intervención en la vida social. Pues justamente el sometimiento por la policía

administrativa tradicional de la libertad y propiedad a precisas limitaciones previas es también liberador de las energías de la iniciativa privada al establecer un marco conocido, sea de exigencia, sea de exclusión de determinados comportamientos o posibilidades de acción. Buenos ejemplos de las potencialidades de innovación del Derecho actual son:

- De un lado, la acotación temporal de la vigencia de las normas, sean leyes formales, sean simples reglamentos, que incrementa –vía autolimitación temporal– la capacidad de aquéllas para la innovación<sup>34</sup>. Se trata de

---

[34] En modo alguno se trata de un mecanismo reciente o novedoso. Ya Montesquieu, en *L'esprit des lois*, dejó dicho que (párrafo final del capítulo 2º del libro segundo): «C'est encore une loi fondamentale de la démocratie, que le peuple seul fasse des lois. Il y a pourtant mille occasions où il est nécessaire que le sénat puisse statuer; il est même souvent à propos d'essayer une loi avant de l'établir. La constitution de Rome et celle d'Athènes étaient très sages. Les arrêts du sénat avaient force de loi pendant un an; ils ne devenaient perpétuels que par la volonté du peuple». El mecanismo consiste en la sustitución de la tradicional regla de *la ratio cessante legis*, que figura aún en el artículo 4.2 del Código civil que prescribe textualmente que: «Las leyes penales, las excepcionales y *las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*». Esto es así porque la eficacia de todas las normas jurídicas está limitada en el tiempo y en el espacio. Su limitación en el tiempo hace referencia a su duración, pues cualquier disposición tiene, por lo que hace al tiempo, principio y fin. Si el principio es el momento en que entra en vigor, el fin, que es el momento en que cesa su eficacia obligatoria, puede ocurrir por diferentes causas. Lo que significa: puede tener lugar no sólo por causas extrínsecas a la norma misma (la abrogación o derogación, total o parcial, expresa o tácita), sino también por causas intrínsecas o internas de la propia norma (el transcurso del tiempo fijado para su vigencia, esté éste determinado expresamente o resulte sólo del objeto mismo de la norma o disposición; la consecución del fin pretendido por la norma; o la desaparición de una situación jurídica o la imposibilidad de un hecho que era presupuesto necesario de ella). A este respecto, la doctrina (así, por todos, M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Edisofer, 2006, 17ª ed., p. 185) precisa que la cesación de la vigencia de las leyes por consecución de su fin o desaparición del estado de cosas presupuesto de la misma sólo se da cuando la norma aparece vinculada o ligada

un fenómeno cada vez menos infrecuente como consecuencia de la percepción de la progresiva inadecuación de las normas para regir largos períodos de tiempo. La creciente dinámica social precariza el aseguramiento tradicional por el Derecho del futuro. Pues la sociedad del riesgo induce una tendencia al acercamiento del horizonte de futuro considerado por el Derecho<sup>35</sup>.

- De otro lado, la flexibilización del contenido prescriptivo de las normas, es decir, el establecimiento de

---

a tales circunstancias en calidad de verdadera *ratio legis*, pero no así cuando las mismas –aún habiendo impulsado a su dictado– integran únicamente la simple *ocasio legis*. Como señala CASTÁN (en su obra clásica *Derecho Civil español, común y foral*, I. *Introducción y Parte General*, Reus, Madrid, 1986, p. 600) el correspondiente estado de cosas o el pertinente género de relaciones jurídicas debe para ello constituir el necesario presupuesto de la norma. Si bien determinar cuándo se está ante la desaparición de la *ratio legis* y cuándo sólo ante la de la *ocasio legis*, es decir, cuando se está ante la definitiva desaparición de la norma en términos de límite final de su vigencia, es cuestión más bien casuística, con J. L. LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo I, Parte General, vol. I, Dykinson, 2006, p. 207) cabe decir que, con carácter general, cuando la referencia a las circunstancias de que se viene hablando es concreta, tales circunstancias integran la *ratio legis*, de modo que *cesante ratione legis cesat lex ipsa*. El Tribunal Constitucional admite no sólo las leyes temporales, sino incluso la presencia en leyes típicamente temporales (como las presupuestarias), de disposiciones de vigencia indefinida (SSTC 65/1990, de 5 de abril; 32/2000, de 3 de febrero; 274/2000, de 15 noviembre; y 7/2010, de 27 de abril). En Derecho Administrativo es más frecuente que en ninguna otra rama del Derecho, por razones obvias, el fenómeno de las leyes o normas temporales o de ámbito temporal. Y éstas, como señala M. VAQUER CABALLERÍA (*La eficacia territorial y temporal de las normas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 44), «...son aquellas cuya vigencia expira automáticamente por el acaecimiento de un hecho futuro pero cierto o por el transcurso de un plazo, sin necesidad de acto alguno de contrario imperio, es decir, de declaración o producción de tales efectos extintivos, porque tienen acotada su vigencia por imperio de la disposición que la prescribe o de otra previa o de superior rango».

[35] Sobre este extremo, véase P. HILLER, *Der Zeitkonflikt in der Risikogesellschaft: Risiko und Zeitorientierung in rechtsförmigen Verwaltungsentscheidungen*, Duncker & Humblot, Soziologische Schriften, vol. 59, Berlin, 1993, p. 56.

«regulaciones elásticas»<sup>36</sup> como consecuencia de la progresiva imposibilidad de anticipar en éstas –es decir, en su regulación y vinculando indefinidamente los comportamientos– el futuro, pues la creciente complejidad y, por tanto, incertidumbre de éste obliga a una cierta sustitución de la seguridad por una mera fiabilidad en beneficio de la apertura hacia ese futuro. Este mecanismo consiste en la formulación normativa abierta de los criterios de gobierno de la ejecución administrativa a fin de permitir soluciones adaptadas a la naturaleza de las cosas y el contexto social. Las fórmulas de introducción de flexibilidad o elasticidad en las regulaciones son variadas: la programación normativa finalista, en la que la elección por el legislador de uno de los escenarios futuros posibles (el identificado por el fin) permite innovar respetando tal fin; la fijación de un marco para la adopción de medidas administrativas posibilitadoras de una elección «situativa» de la que procede en el caso; la opción no por el reconocimiento de derechos subjetivos, sino de la fijación de los intereses relevantes a efectos de la necesaria ponderación, que –frente a la rigidez que supone la garantía de posiciones individualizadas– proporciona la flexibilidad propia de los mandatos de optimización para la garantía de aquéllos intereses que lo merezcan en consideración de los restantes; el otorgamiento en la norma –ordinariamente en la consecuencia– de discreción a la Administración, que otorga licitud a las diversas soluciones que se man-

---

[36] Véase U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 450.

tengan dentro de los límites de la discreción; las encomiendas legales, los encargos de tutela y protección o de optimización de determinados bienes o intereses, en todos cuyos supuestos la solución deriva de la ponderación de principios, valores, bienes e intereses<sup>37</sup>; y también los estándares legales, que implican la vinculación a estados medioambientales o de la ciencia y la técnica abriendo una vía para la innovación jurídica<sup>38</sup>.

Siguiendo a S. Kirste<sup>39</sup> cabe identificar distintas fuentes de estabilidad e innovación. Por de pronto y en su función de fijación de premisas para el Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional contiene normas tanto estabilizadoras, como permisivas o fomentadoras de la innovación. Entre las primeras sobresale el principio de seguridad jurídica, que, sin embargo, debe ser hoy compatibilizado con el de cambio (por la precarización del seguro tradicional frente al futuro que impone la actual dinámica económico-social, como pone en evidencia, con toda crudeza, la actual crisis del sistema económico). Así sucede, por ejemplo, en el campo del medio ambiente y por exigencia de los principios de prevención y cautela que, asentados en el Derecho Comunitario europeo, deben considerarse inscritos en el

---

[37] Fórmula ésta no exenta ciertamente de riesgos para el Estado de Derecho y que precisan ser evitados. Sobre este extremo, véase R. SCHMIDT, *Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht. Reformbedarf-Reformanstöße-Reformansätze*, Verwaltungsarchiv, 2000, pp. 149 a 168.

[38] El recurso a esta técnica implica ciertamente un reto a la autonomía del Derecho, que requiere un esfuerzo específico de juridificación de conceptos procedentes de otros campos.

[39] S. KIRSTE, *cit.* en nota 11, pp. 113 y ss.

bien «medio ambiente adecuado» tutelado por el artículo 45 CE. Pero también cabe citar las garantías institucionales que, al asumir instituciones recibidas, las afianzan en sus elementos esenciales, sin perjuicio de permitir su adaptación progresiva a la evolución social, así como las normas que imponen requisitos especiales a determinadas decisiones (unanimidad, mayoría cualificada, etc.). Pero, junto a ellas, la norma fundamental establece igualmente regulaciones propiciadoras de la innovación, en las que también pueden inscribirse, por las razones dichas, las garantías institucionales (en su juego de mediación entre pasado y futuro vía adaptación conservadora de la esencia), pero entre las que destacan, de un lado, los derechos y las libertades que, en su dimensión objetiva, implican verdaderos mandatos de optimización requirientes de continuados procesos de interpretación y aplicación, si es que no imponen a la Administración –cuando presentan dimensión prestacional– una permanente adaptación a las circunstancias sociales, y, de otro lado, los principios de la política social y económica, en la medida en que –vía artículo 9.2 CE– expresan encomiendas de actuación estatal. Para calibrar la ventana de innovación que todo ello supone basta con hacerse presente algunos desarrollos constitucionales ya habidos y que han supuesto, por ejemplo, la modificación de la función del instituto de las relaciones de sujeción especial, que –al quedar integrado en la órbita de los derechos y las libertades– debe calibrarse ponderando las exigencias de éstos y los intereses atendibles de la Administración pública (con reserva de tal ponderación al legislador formal) y la ampliación de las garantías de la posición fundamental del ciudadano a las nuevas formas «blandas» de actuación administrativa, sig-

nificativamente las meras recomendaciones e, incluso, las simples informaciones. Pero también otros desarrollos que, si bien postulados ya por alguna doctrina<sup>40</sup>, no acaban de tener acabado reflejo en la legislación positiva, cual sucede con la extensión del papel de la ciudadanía en la Administración cuando ésta –cual sucede en el caso de la Administración local, singularmente la municipal– adopta la forma de autoadministración con propia legitimación democrática (trasladable, en cierta medida, a las corporaciones públicas de agrupación forzosa de sectores en las que se descarga el desarrollo de tareas administrativas).

No puede olvidarse, por último, la actual interdependencia europea e internacional como fuente igualmente de innovaciones en las estructuras estatales actuales, abiertas a dicha interdependencia (en función tanto de la integración supranacional, como de la mundialización económica). Es evidente que el Derecho Comunitario europeo viene operando, al compás justamente del desarrollo del proceso de integración y a través de la primacía, como factor dinamizador y transformador del Derecho Administrativo interno<sup>41</sup>, pero lo mismo puede predicarse del Derecho Internacional convencional y en mayor medida aún del Derecho de las

---

[40] Véase L. PAREJO ALFONSO, *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998; y, más recientemente, del mismo autor, *La autonomía local en la Constitución española, Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2011.

[41] En este sentido y por lo que hace al Derecho alemán, D. H. SCHEUING, «Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht», en W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (Eds.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Baden-Baden, 1994, pp. 289 a 354.



organizaciones internacionales en la medida en que se habla ya de la emergencia de un Derecho Administrativo global<sup>42</sup>.

---

[42] Como señalan M. RUFFERT y S. STEINECKE (*The Global Administrative Law of Science*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 17 y ss.) el Derecho Internacional viene sufriendo una transformación en la que son discernibles tres etapas (coordinación, cooperación y comunidad), en la última de las cuales es identificable la aspiración al desarrollo de una función de legitimación y limitación del poder público por la vía de la extensión de los cometidos del Derecho público a la esfera internacional (lo que sería ya lo propio del Derecho Administrativo global). Sobre el Derecho Administrativo global es ilustrativo el trabajo de S. CASSESE, *Global Administrative Law. An Introduction*, accesible en [www.iilj.org/GAL/documents/Cassesepaper.pdf](http://www.iilj.org/GAL/documents/Cassesepaper.pdf). Sobre la existencia actual de un verdadero Derecho Administrativo global y –con escepticismo– su conveniencia, véase C. HARLOW, «Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values», *The European Journal of International Law*, vol. 17, 1, 2006.