

CAPÍTULO PRIMERO

CUESTIONES FUNDAMENTALES SOBRE
LA REFORMA DE LA TEORÍA GENERAL
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
NECESIDAD DE LA INNOVACIÓN
Y PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

Eberhard Schmidt-Aßmann

Catedrático emérito de Derecho Administrativo, Universidad de Heidelberg, Alemania.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE: LA NECESIDAD DE LA REFORMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. EL DERECHO, ENTRE LA ESTABILIDAD Y LA FLEXIBILIDAD: LAS APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA, LA LEGISLACIÓN, LA ADMINISTRACIÓN Y LA DOCTRINA EN RELACIÓN CON LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	27
1. El papel de la jurisprudencia.....	28
2. La creciente importancia del legislador en relación con la Parte General del Derecho Administrativo	29
3. La función de la doctrina.....	31
4. El Ejecutivo como impulsor de la evolución del Derecho Administrativo.....	32
5. La interacción de los cuatro factores. La división de trabajo y el reparto de funciones y tareas.....	34
II. LA INSUFICIENCIA DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	34
1. La concepción tradicional del Derecho Administrativo.....	35
2. El análisis distorsionado del Derecho Administrativo como consecuencia del «canon de normalidad» de la dogmática tradicional.....	36
III. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	38

SEGUNDA PARTE: TRES PLANTEAMIENTOS IMPORTANTES PARA LA REFORMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. EL POSTULADO DE LA CIENCIA DE LA DIRECCIÓN	43
1. El concepto de dirección: elementos y límites	45
2. Estructuras reguladoras y gobernanza.....	48
II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	52
1. «El Derecho Administrativo como Derecho constitucional implementado».....	53
2. Directrices de la cláusula del Estado de Derecho.....	59
a) Dimensión objetiva: la ordenación a través del Derecho	59
b) La dimensión subjetiva: las posiciones o situaciones jurídicas individuales	60
3. Directrices del principio democrático	64
a) La legitimación democrática en sentido estricto	65
b) La concepción plural de la legitimación democrática.....	67

c) Sobre la relevancia de la autonomía local.....	69
d) El estilo democrático de la Administración	71
4. La opción constitucional en favor de una «estatalidad abierta»	73
5. La trascendencia de determinar los fines del Estado: el principio de Estado social.....	74
6. La constitucionalización: el Derecho Constitucional como «transformador» de los nuevos retos del Derecho Administrativo	78
III. LA ORIENTACIÓN HACIA LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LOS «ÁMBITOS DE REFERENCIA».....	80
1. La adecuada selección de los ámbitos de referencia	81
2. El planteamiento metodológico: la conexión con la práctica.....	82
IV. OBSERVACIONES FINALES.....	83

TERCERA PARTE: CAMBIOS DE PERSPECTIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: LA «NUEVA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO»

I. «DE LA PERSPECTIVA DEL CONTROL JUDICIAL A LA PERSPECTIVA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA»	88
1. De la centralidad del control judicial, a una teoría integral del control .	88
2. La perspectiva de la acción administrativa como complemento de la perspectiva del control.....	92
3. La búsqueda de «estrategias de regulación»	95
II. «DE LA DOGMÁTICA DE LA EJECUCIÓN, A LA ADMINISTRACIÓN DIRIGIDA POR LA LEY»	96
1. Planteamiento clásico: la legalidad de la acción administrativa entendida como aplicación de la ley	97
2. Enfoque obligado: la construcción de un modelo complejo para estructurar y explicar la aplicación de la Ley por parte de la Administración.....	98
a) La misión ante el texto de la norma	100
b) Sobre las directrices o criterios para el ejercicio de potestades discrecionales	101
III. DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA PRESTACIÓN, A UN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA GARANTÍA DE LA PRESTACIÓN.....	104
1. Responsabilidad de garantía de las prestaciones	105
2. Derecho Administrativo de garantía de las prestaciones, en especial: el Derecho Administrativo de la regulación	108
3. La muletilla del «regreso del Estado»	110

CUARTA PARTE: LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL

I. LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA COMO UNA UNIÓN O CONJUNTO INTERRELACIONADO DE INFORMACIÓN, ACTUACIÓN Y CONTROL	114
1. Las Administraciones nacionales constituyen la base	115
2. Las instancias administrativas de la Unión Europea	115
3. La cooperación y la creación de redes	117
4. Problemas especiales que suscita la acción conjunta o la asociación de Administraciones del espacio comunitario europeo	119
II. LA CAPACIDAD DE ORDENACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO	120
1. Los principios generales de la ejecución	120
2. La Administración europea en los Tratados de Lisboa	122
3. El papel de la Carta de Derechos Fundamentales y el derecho a una buena administración.....	123
4. Algunas observaciones críticas.....	126
III. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL	128
1. Ejemplos y problemas	128
2. Derecho Administrativo internacional	130

QUINTA PARTE: CUESTIONES METODOLÓGICAS DEL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO

I. LOS DIVERSOS PLANOS DE LA DISCUSIÓN METODOLÓGICA	133
II. LOS DISTINTOS MÉTODOS DE «CONCRECIÓN» O DESARROLLO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	134
1. Los métodos básicos: la simple aplicación de la Ley y el Derecho . . .	135
2. Los métodos para las situaciones y escenarios complejos de toma de decisiones	137
III. LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON LAS CIENCIAS AFINES	138

La traducción del texto para la primera edición se llevó a cabo por Javier Barnes y Silvia Díez Sastre (2006). La traducción de la actualización para esta segunda edición ha sido realizada por Luciano Parejo Alfonso. Javier Barnes ha revisado la versión definitiva.

PRIMERA PARTE
LA NECESIDAD DE LA REFORMA
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. . EL DERECHO, ENTRE LA ESTABILIDAD Y LA FLEXIBILIDAD: LAS APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA, LA LEGISLACIÓN, LA ADMINISTRACIÓN Y LA DOCTRINA EN RELACIÓN CON LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

EL Derecho ha de dispensar la suficiente estabilidad y garantía a las expectativas sociales que surgen en el plano de las conductas y de las acciones de los distintos sujetos; en otras palabras, tiene atribuida una función de orientación. En ese sentido, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima contribuyen a la necesaria estabilidad y, en cuanto piezas integrantes de la cláusula del Estado de Derecho, resultan irrenunciables. Por lo demás, la misma estructura del Derecho presenta una marcada dimensión en favor de esa estabilidad.

Al mismo tiempo, sin embargo, las sociedades modernas se encuentran sometidas a un proceso de constante movimiento y transformación y han de enfrentarse de continuo a nuevos retos. Si el Derecho se concentrara excesivamente, o se agotara, en la función estabilizadora que le es inherente, correría el peligro de obstaculizar las reformas necesarias que la sociedad demanda o de verse superado por la presión de los cambios. La flexibilidad y la apertura a la innovación son también, junto a la seguridad jurídica y la confianza legítima, importantes elementos del sistema jurídico. Esto vale especialmente para el Derecho Administrativo, ya que se encuentra íntimamente vinculado y entrelazado con las necesidades, en rápido cambio, de las sociedades modernas¹.

[1] Las reflexiones que siguen descansan en la idea formulada primero en el llamado debate sobre la reforma desarrollado en Alemania a partir del inicio de la década de los noventa del pasado siglo, con el añadido luego de los diez trabajos sobre la reforma del Derecho Administrativo: *Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, publicados por HOFFMANN-RIEM y yo mismo. Las reflexiones sobre la reforma se han desarrollado

En la búsqueda de ese equilibrio entre la estabilidad y el cambio, la primera cuestión consiste en determinar cuáles son las fuerzas motrices que materializan las transformaciones necesarias dentro del Derecho Administrativo. Pues bien, esas fuerzas o factores se resuelven en cuatro agentes principales, que interactúan entre sí: la jurisprudencia, el legislador, la doctrina científica y el poder ejecutivo.

1. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA

La primera fuerza que contribuye a la transformación del Derecho Administrativo es la *jurisprudencia*. Si se observa atentamente el avance que el Derecho Administrativo ha experimentado en Alemania desde la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) en 1949, parece fácil comprobar las trascendentes aportaciones que la jurisprudencia ha realizado en favor de la evolución del Derecho Administrativo clásico. Baste pensar, por ejemplo, en la regulación de las relaciones especiales de sujeción; en la adaptación de la teoría de la reserva de ley a los nuevos modos de intervención del Estado; o en la creación de la teoría del control de la ponderación con ocasión de los procedimientos de elaboración de planes, lo que ha permitido ahormar, por ejemplo, la actividad administrativa de planificación —el planeamiento territorial y urbanístico, entre otras manifestaciones— de conformidad con las exigencias que reclama el Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), por su parte, ha sabido desempeñar una función esencial dentro de esa positiva evolución del Derecho. Baste con aludir, por ejemplo, al desarrollo de la protección de datos y a la seguridad técnica en el ámbito de la información, para comprobarlo. Igual relevancia debe otorgarse al papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo que hace a la creación evolutiva del Derecho Administrativo europeo.

en la obra colectiva, a la que han contribuido más de cincuenta autores: WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN y ANDREAS VOSSKUHL (Eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts —GVwR—*, tomos 1-3, C. H. Beck, Munich, 2006-2008. La segunda edición es de 2012.

Ello no obstante, la idea según la cual los tribunales habrían de ser los principales responsables o protagonistas del progreso del Derecho, no es del todo exacta. La suya es una respuesta típicamente *jurídica*. Téngase en cuenta que los juristas acuden a la jurisprudencia con especial asiduidad puesto que ésta se mueve en un espacio jurídico bien ordenado y conocido. Ahora bien, aunque ello genere confianza y seguridad, lo que no es poco, no ha de olvidarse, sin embargo, que a los tribunales tan sólo les es dado contemplar una parte de la realidad y desde una concreta óptica o perspectiva, la de la *legalidad* o no de la cuestión planteada en el recurso; dejan, por tanto, fuera de su consideración otros muchos aspectos o dimensiones de la acción administrativa. Poco puede aportar la jurisprudencia, por ejemplo, cuando no se acude a los tribunales mediante una demanda o recurso, o cuando se trata de un sector enteramente nuevo. Esta intrínseca limitación no afecta del mismo modo al Tribunal Constitucional, habida cuenta de que su ámbito de conocimiento y el control que ejerce se proyecta sobre la esfera del legislador. En suma, pues, y esto es lo que ahora quiere advertirse, hoy día resulta excesivamente reduccionista la idea según la cual la jurisprudencia constituiría la fuerza más sobresaliente para el impulso, innovación y transformación del Derecho Administrativo, por más que así lo fuera en el pasado.

2. LA CRECIENTE IMPORTANCIA DEL LEGISLADOR EN RELACIÓN CON LA PARTE GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El legislador nacional y comunitario promueve la transformación del Derecho Administrativo. Cabe afirmar, en efecto, que le incumbe una relevante función en ese proceso de innovación. La influencia del poder legislativo se deja sentir con particular intensidad en el ámbito de la *Parte Especial* del Derecho Administrativo. Piénsese que, en los últimos cincuenta años, han sido muchas las leyes que han modificado profundamente el panorama de tantos sectores especiales, tales como el urbanismo, el medio ambiente, las prestaciones sociales o el mundo de las telecomunicaciones (este último, además, constituido como un sector regulado, con particulares novedades respecto del régimen jurí-

dico anterior al que ha sucedido). Una mirada poco atenta podría llevar a la conclusión de que esas leyes dejan incólume la Parte General de la disciplina, esto es, que no producen un impacto relevante sobre ésta. Pero esa falsa apreciación olvidaría la recíprocas e intensas *interrelaciones* que se generan de continuo entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Administrativo; que entre ambas piezas se produce un constante *intercambio*. En realidad, constituye un hecho evidente que las reformas legales que se han producido en el seno de los sectores más avanzados del Derecho Administrativo especial han irradiado numerosos efectos y consecuencias sobre las teorías y categorías generales. Habrá ocasión de volver sobre este punto, cuando se aborde el tema de los denominados «sectores de referencia».

Por otro lado, conviene subrayar un dato nuevo. Y es que desde hace ya un cierto tiempo el legislador ha expresado un vivo y directo interés por las cuestiones atinentes al Derecho Administrativo *general*. El fenómeno se observa con fuerza no sólo en Alemania, sino también en otros países y sistemas, como Francia o España. Un ejemplo ilustrativo lo proporciona el Derecho Administrativo de la Información*, en donde los diversos regímenes legales relativos a la libertad de información exceden en mucho de las posibilidades que, para su disciplina y reglamentación jurídicas, podría de suyo ofrecer la jurisprudencia. Pero también son significativas las nuevas relaciones de colaboración entre la Administración y la economía, y, más en concreto, la emergencia de un «Derecho Administrativo de la colaboración público-privado». En términos generales, puede advertirse que son justamente los asuntos que han acaparado en buena medida el debate sobre la reforma del Derecho Administrativo (piénsese, por ejemplo, en el régimen jurídico del procedimiento administrativo y de la organización administrativa) los que han sido al mismo tiempo objeto preferente de la acción legislativa contemporánea.

* Véase el capítulo tercero de R. Pitschas en la primera edición de esta obra (2006).

3. LA FUNCIÓN DE LA DOCTRINA

Además de los factores antes mencionados, ha de hacerse referencia a un tercer actor, cuyas aportaciones resultan de suma importancia para el avance del Derecho Administrativo: la doctrina científica.

No se quiere con ello aludir, obvio es decirlo, a las propuestas de reforma legislativa que en ocasiones postulan los autores de la doctrina (así, por ejemplo, en Alemania un nutrido grupo de profesores de Derecho Público ha elaborado en los últimos años los borradores de un Código del Medio Ambiente, un Código de la Información y un Código Federal Tributario). Se quiere aludir, por el contrario, a la aportación más genuina y relevante de la doctrina científica: la *investigación* independiente. La investigación jurídica significa y supone observar analíticamente el presente y reflexionar sobre los necesarios avances del Derecho, incorporando también otros conocimientos provenientes de las ciencias auxiliares, con la ayuda de un método apropiado a tal efecto.

Para llevar a cabo esta tarea de forma adecuada, se requiere una cierta *distancia* y *perspectiva* respecto de los sucesos cotidianos, de la que carecen el poder judicial y el legislativo. Naturalmente, esa distancia no significa aislamiento, puesto que de lo contrario la doctrina terminaría por elaborar sus teorías al margen de la realidad y de la práctica de la Administración. La experiencia que alcanzan los investigadores merced a sus actividades como expertos, jueces u, ocasionalmente, como abogados, resulta positiva y necesaria. Ahora bien, esa distancia y perspectiva puede verse amenazada cuando la actividad profesional, bien sea en el ámbito de la economía, o bien en el de la abogacía, desplazan la actividad académica del investigador a un segundo plano. Es cierto, sin embargo, que la distancia es, en última instancia, ante todo una cuestión de *actitud personal* y de *estilo de trabajo*. Quien esté preparado para reflejar en la investigación sus experiencias prácticas, haciendo siempre abstracción del punto de vista de los intereses particulares en presencia, contará con la distancia requerida.

Si la doctrina no llevara a cabo esta tarea y se limitara a comentar las decisiones judiciales, las sentencias, y las normas legales, los cambios legislativos, no cumpliría con el encargo, o misión, que la *ciencia* demanda. No quiere ello decir, desde luego, que hayan de postularse

constantemente «cambios de paradigmas». La vertiginosa sucesión de paradigmas puede encajar en algunas ciencias sociales. La ciencia jurídica, sin embargo, no puede proceder de esa manera, puesto que su objeto de conocimiento, el Derecho, posee una vertiente de estabilidad muy superior, como notábamos. Tampoco se trata de hacer política legislativa. Lo que a la ciencia del Derecho Administrativo le interesa es una labor *en paralelo* o *junto* a la dogmática, y no sólo *en su seno*. Ello exige un sólido conocimiento de la Parte General y de la Parte Especial del Derecho Administrativo, hasta llegar a los más pequeños detalles. En otras palabras, la investigación no puede detenerse en el estado actual de la dogmática, sino que ha de ir más allá, para observarla «desde fuera», con mayor perspectiva, a fin de comprobar la solidez de su articulación, e identificar dónde existen fricciones, y dónde deben realizarse cambios*.

4. EL EJECUTIVO COMO IMPULSOR DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En no pocas ocasiones, se pasa por alto que el Ejecutivo se erige en un significativo factor de renovación del Derecho Administrativo. Con ello no se alude aquí a las aportaciones a las que el Ejecutivo puede contribuir, cuando una determinada práctica administrativa más o menos consolidada termina por expresarse en normas positivas, por obtener un reconocimiento en el ordenamiento. Ahora se hace referencia, por el contrario, a la evolución que experimenta el Derecho Administrativo como consecuencia de los cambios que *deliberadamente* las normas por su parte preconizan. Téngase en cuenta a este propósito que tanto el Gobierno como la Administración elaboran borradores de anteproyectos de leyes para su ulterior tramitación parlamentaria y dictan reglamentos sobre las materias más variadas, como, por ejemplo, en el ámbito de la protección de inmisiones y de las telecomunicaciones. En

* Sobre el método, véanse las consideraciones que el autor realiza al final de presente capítulo; así como el siguiente capítulo de A. Voßkuhle en la presente obra; y, finalmente, el segundo capítulo, a cargo de E. Schmidt-Aßmann, de la primera edición de esta obra colectiva (2006).

la órbita de cada una de las leyes parlamentarias de cabecera en tantos sectores surge un cúmulo de reglamentos que regulan trascendentes cuestiones materiales y procedimentales, al tiempo que introducen destacadas novedades.

Con todo, y en contra de lo que sucede en Francia, donde las *Ordonnances* tienen por objeto cuestiones de la Parte General del Derecho Administrativo, como la cooperación entre el Estado y la sociedad (contratos de colaboración), en Alemania en muy pocas ocasiones esos reglamentos regulan cuestiones directamente relacionadas con la Parte General.

No faltan otras instancias administrativas que participan igualmente en el desarrollo y avance del Derecho Administrativo. La introducción del *nuevo modelo de dirección** en Alemania, por ejemplo, constituye un compromiso de los entes locales con la idea de la reforma y la innovación. Ello ha propiciado en este caso un abierto diálogo entre los políticos y los expertos, como se evidencia en las reformas que ha experimentado el Derecho Presupuestario, con el objeto de hacer viable la transferencia de la gestión de los recursos a unidades descentralizadas; o las reforma que versan sobre la formulación de acuerdos para la realización de diversas prestaciones; etc.

La acción administrativa se despliega igualmente más allá del Estado. Las relaciones administrativas internacionales se multiplican, se aglutinan en torno a los distintos sectores y tejen una densa red. Por ello, es necesario tener en cuenta los rasgos del sistema, a este propósito. Por ejemplo, las autoridades de inspección y control del sector bancario y de los seguros colaboran con sus homólogas de otros importantes países industrializados y establecen de común acuerdo sus propios estándares de control y los procedimientos para la adopción de acuerdos, que el legislador nacional sólo puede «ratificar» *a posteriori*. Sobre estas relaciones informales en el plano internacional, con notables consecuencias internas, todavía no se ha dicho la última palabra desde la óptica de la cláusula del Estado de Derecho. Es obvio que no todo impulso ha de valorarse como algo positivo. Sea como fuere, la ciencia del Derecho Administrativo ha de observar tales procesos y fenómenos y convertirlos en objeto de una reflexión más *general*.

* Conocido como *New Public Management*. Puede verse al respecto el primer capítulo de la obra de E. Schmidt-Aßmann, traducida al español: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003.

5. LA INTERACCIÓN DE LOS CUATRO FACTORES. LA DIVISIÓN DE TRABAJO Y EL REPARTO DE FUNCIONES Y TAREAS

Se puede hablar de una división del trabajo entre las distintas fuerzas o factores de transformación del Derecho Administrativo, ya que los cuatro actores mencionados interaccionan entre sí mediante un reparto de funciones: el poder judicial se encarga de la permanente adaptación del Derecho con ocasión del control que ejerce; el legislativo y la Administración, por su parte, han de hacerse responsables de su constante evolución y desarrollo, en pro de la consecución de los fines u objetivos que pretendan alcanzar; y a la doctrina le incumbe reflexionar o establecer un marco por encima de esos cambios, tanto desde una perspectiva general, como sectorial. *Ninguna de estas aportaciones pueden entenderse aisladamente. Se complementan e interactúan entre sí.*

Es cierto que no puede hablarse de «reforma» en un sentido unívoco y que muchos de los avances y transformaciones promovidos por el legislador no siempre pueden calificarse de verdadera transformación. Con todo, el debate sobre la reforma del nuevo Derecho Administrativo se ha entendido en Alemania desde el principio como una *empresa científica*, que tiene por objeto mejorar las condiciones de *eficacia* de esta rama del Derecho*.

II. LA INSUFICIENCIA DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para reflexionar sobre la reforma y modernización del Derecho Administrativo es preciso examinar con carácter previo el propio concepto que se tenga de la disciplina. El Derecho Administrativo de los tratados y manuales se diferencia considerablemente del Derecho Administrativo de los diarios oficiales y del de las resoluciones administrativas y judiciales. El Derecho Administrativo es de suyo una cons-

* Sobre la eficacia del Derecho Administrativo, corazón o motor del movimiento científico de la reforma, véase más abajo el epígrafe correspondiente, así como, para mayor abundamiento, el capítulo primero de la obra citada en la nota anterior.

trucción que se apoya en determinados presupuestos y presunciones básicos². Todos nosotros estamos inmersos en una tradición de la que no siempre somos conscientes.

1. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para obtener la imprescindible perspectiva y «distancia» científicas a las que se ha hecho mención, han de tenerse presentes los elementos más destacables del *modelo administrativo tradicional*. Este modelo, que trae su origen del Estado liberal de Derecho, puede ilustrarse simplifícadamente a través de algunas afirmaciones clásicas:

– Desde el punto de vista jurídico, la Administración se concibe a sí misma a partir del principio de la división de poderes. Es aquella actividad del Estado que no tiene naturaleza legislativa, ni judicial. La Administración se define, por tanto, de forma «residual» o «negativa». Aparece como un bloque cerrado, ordenado jerárquicamente y articulado a nivel interno, de acuerdo con el dogma de la «unidad de la Administración», de acuerdo con la cual ésta se entiende como un conglomerado unitario o unívoco.

– La ley dirige a la Administración mediante programas materiales dotados del mayor grado de detalle posible. El contenido de la ley, en efecto, pretende resolverse con la predeterminación de la conducta de la Administración para cada supuesto. La Administración ejecuta la ley a través de actos formalizados, con la ayuda de determinadas técnicas de subsunción. En ese contexto, el procedimiento administrativo goza de un papel secundario: lo relevante no es tanto la observancia de las reglas formales, como la legalidad material de la resolución adoptada*.

– Los tribunales controlan la conformidad a Derecho de las resoluciones administrativas (y la acción administrativa en general), contrastándolas a la luz del entero programa establecido en la ley. Como se parte de la premisa, según la cual sólo cabe hallar una única «solución justa», los tribunales tienen siempre la última palabra y podrán sustituir la decisión administrativa por la judicial.

[2] MICHAEL STOLLEIS, «Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft», en *GVWR*, tomo I (nota núm. 1), § 2.

* Sobre el tema, véase el capítulo quinto de la primera edición (2006), a cargo de Javier Barnes.

En suma, esa tríada de ideas y presunciones —la unicidad, o la unitariedad, de la Administración; la formalización de sus acciones; y la aplicación del Derecho entendida como mera ejecución— conforman un modelo muy compacto y cerrado en sí mismo: una idea se deduce de la anterior y así sucesivamente. En su simplicidad reside la fascinación que ejerce.

2. EL ANÁLISIS DISTORSIONADO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO CONSECUENCIA DEL «CANON DE NORMALIDAD» DE LA DOGMÁTICA TRADICIONAL

Un examen más atento de la realidad evidencia que las cosas son de otra manera. La legislación y la práctica administrativa no se corresponden con ese pretendido modelo tradicional. Los pretendidos «viejos» y «buenos tiempos» de un «Derecho Administrativo bien ordenado», que todavía hoy se evocan en alguna ocasión, no han existido nunca en la realidad³. Basta con acudir a las leyes administrativas del siglo XIX o al Derecho Administrativo económico del período de entreguerras o de la segunda posguerra para comprobarlo. ¿En qué medida, podríamos preguntarnos, esas leyes cumplían con las exigencias de certeza y de concreción que hoy presumimos de toda ley? Naturalmente, la Administración ya actuaba en esa época de manera informal, es decir, no se sujetaba siempre a estándares, procedimientos o relaciones estrictamente formalizadas*. Ciertamente, que también se apostaba entonces por la colaboración con los interesados y los grupos de intereses. Sin embargo, la concepción tradicional del Derecho Administrativo fue ocultando progresivamente estos fenómenos⁴. De esta manera, el

[3] En tal sentido, CHRISTOPH MÖLLERS, «Methoden», en Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann y Voßkuhle (Eds.), *GVWR*, vol. 1, 2006, § 3, núm. marg. 5.

* Para entender esa afirmación, es preciso recordar la teoría de la formas, propia del Derecho Administrativo alemán, y la doctrina de la acción informal. Sobre el tema se hacen referencias en el capítulo quinto de la primera edición (2006), relativo al procedimiento administrativo, en particular en el epígrafe tercero, a cargo de Javier Barnes, así como la obra citada *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema* (índice analítico).

[4] Sobre ello, los trabajos incluidos en ELBE RIEDEL (Ed.), «Die Bedeutung von Verhandlungslösungen im Verwaltungsverfahren», *Länderberichte und Generalbericht de la 28ª jornada de Derecho comparado*, Nomos, Baden-Baden, 2002.

modelo se consideraba cerrado porque estaba conscientemente incompleto. Ese planteamiento reduccionista explica la fascinación que inspiraba la concepción tradicional, puesto que esa simplificación permite trazar clasificaciones sencillas y unívocas, regulaciones claras, que se explican con ideas fácilmente comprensibles, expresadas en imágenes como las de «arriba» hacia «abajo», de «dentro» hacia «fuera», etc.; y todo ello, además, con el recurso —así se pensaba— a métodos «meramente jurídicos».

Así pues, este modelo se explica y define a sí mismo como el «canon de normalidad». Se trata de una «representación» o «concepción dogmática de la normalidad». Lo que no encaje en ella se considera una patología o desviación del sistema y ha de enfrentarse a una especial carga argumentativa.

Desde esa perspectiva, se entiende que siga resultando difícil admitir como «normales» y como partes ordinarias del sistema del Derecho Administrativo otros supuestos o dimensiones que inexorablemente acompañan a las instituciones clásicas: por ejemplo, el esquema tradicional de Administración del Estado (organización piramidal y cerrada, etc.) requiere ser completarse con la inclusión del fenómeno de la autoadministración; igualmente, el principio de jerarquía convive con el principio de colegialidad o las resoluciones o decisiones unilaterales (el acto administrativo) con la actividad administrativa de colaboración y consenso; la programación legal de carácter «finalista» con la programación «condicional»*.

Un ejemplo típico en este sentido reside en la misma expresión «acción administrativa no formalizada»** o «actuación administrativa carente de formas». La simple elección de las palabras ya da a entender que se ha detectado un elemento anormal en el sistema, que debe ser «reformalizado». Con ello se altera y desplaza *a priori*, de un modo casi imperceptible, la perspectiva del análisis del

* Esto es, programación material de la ley mediante la predeterminación de presupuestos de hecho y consecuencias jurídicas: si concurre tal presupuesto, entonces resulta aplicable la consecuencia jurídica prevista.

** Sobre el contenido de esta figura, véase el capítulo quinto de la primera edición (2006), a cargo de Javier Barnes.

Derecho Administrativo, puesto que la Administración también ha actuado siempre por cauces informales. Es más, la imagen de una Administración que actúa exclusivamente a través de acciones formalizadas constituye una visión alejada de la historia y de la realidad, acaso con la única excepción del acto administrativo.

Esta descripción, un tanto simplificada, pretende ilustrar gráficamente las premisas sobre las que se asienta la concepción tradicional del Derecho Administrativo. En todo caso, cada uno ha de comprobar en qué medida tiene asumido o interiorizado el *canon de normalidad* que esa concepción transmite y cómo influye en sus decisiones. Así, por ejemplo, a la hora de analizar la discrecionalidad administrativa o las formas de legitimación democrática de carácter no jerárquico o lineal*, suele realizarse un juicio espontáneo afín a los postulados del modelo tradicional, sin que haya una reflexión previa en torno a los enunciados básicos del mismo.

III. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Derecho Administrativo se interesa por todas las relaciones jurídicas en las que al menos una de las partes sea la Administración pública. Es, pues, el Derecho que tiene por objeto a la Administración, pero también es el Derecho que la Administración establece⁵. El Derecho Administrativo no es sólo Derecho Público, sino también, y en gran medida, Derecho Privado. La Administración puede servirse del Derecho Privado para su organización y formas de actuación o intervención. Esta (limitada) «libertad de elección» parece necesaria para que la Administración pueda intervenir adecuadamente en los distintos

* El autor se refiere al modelo de legitimidad democrática de la Administración derivada en forma lineal y jerárquica del Parlamento (en forma de cascada o de cadena). Sobre el tema, puede verse el capítulo segundo de su libro *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, pp. 99 y ss. Fuera de esa explicación tradicional quedan otros fenómenos, como el que representa la Administración independiente.

[5] Muy convincente en este sentido resulta la aportación de: MÖLLERS, en *GVwR*, vol. 1 (nota. 3), § 3, núm. marg. 3.

ámbitos de cooperación entre el Estado y la sociedad. Ello significa, en consecuencia, que muchas cuestiones y conflictos que resultan relevantes para el Derecho Administrativo se regulan y resuelven también a través de las normas privadas de contratación y de organización bajo la influencia y los impulsos del sistema de colaboración público-privada, de la *public-private-partnership*. La ciencia del Derecho Administrativo ha de integrar, pues, este fenómeno; el territorio de la dogmática se extiende a estas zonas⁶.

¿Cómo se puede definir la «Administración pública»? Como es sabido, la definición negativa o residual de la Administración no resulta satisfactoria. Parte del principio de la división de poderes y, por tanto, exige la previa delimitación de lo que sea el poder legislativo y el poder judicial. En la actualidad, la delimitación que deviene más fértil no es la que concierne a los tres poderes clásicos del Estado, sino la que separa la autoorganización social de la organización estatal, es decir, la que atiende, no a las funciones del Estado para definir residualmente lo que sea Administración, sino a la relación entre el Estado y la sociedad. Ha de mantenerse en todo caso la distinción entre el Estado y la sociedad porque gracias ella se acentúa, desde el punto de vista del Derecho, la disociación entre las ideas de competencia y de libertad: la acción estatal se halla siempre urgida a la legitimación; la acción individual y de la sociedad, por el contrario, se producen y nacen de sí mismas⁷.

Allí donde surjan o aparezcan instancias, individuos o grupos que directa o indirectamente resulten incardinables o reconducibles a la organización administrativa, estaremos entonces ante relaciones jurídicas de naturaleza jurídico-administrativa. En este sentido, las estructuras influyentes; las posiciones sociales de dominio; o el poder de disposición presupuestaria resultan indiciarios de que la relación jurídica posee carácter administrativo. Desde el punto de vista de la cooperación entre el Estado y la sociedad, la Administración se asemeja a la imagen de un *núcleo duro* y de las *capas exteriores*, es decir, se presenta como una

[6] E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª ed., Springer, Berlin, Heidelberg, 2004, cap. 6, núms. margs. 12 y ss.

[7] E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee* (nota 6), cap. 1, núms. margs. 21 y ss.

entidad compleja y estructurada en torno a un *núcleo* sobre el que se superponen varias *capas*. Es en estos estratos exteriores donde se producen las transformaciones y los avances más radicales, en lo que hace a la clasificación de las diversas clases de relaciones jurídicas o, en términos más generales, en lo que se refiere a la tarea de sistematización a realizar, mientras que las cuestiones de base más fundamentales, relativas a la Administración y al Estado (la potestad para dictar actos administrativos o la necesidad de legitimación democrática, por ejemplo), irradian desde el *centro* hacia esos *estratos* o *sedimentos exteriores*. La Administración nacional, por tanto, no es en modo alguno una Administración «monolítica», sino una Administración permeable, que se abre «hacia arriba» —hacia el nivel europeo, en nuestro caso, y el plano internacional—; y que se encuentra flanqueada «a los lados» por la sociedad. Estas son perspectivas que se infieren con naturalidad de la observación del Derecho positivo vigente y de la teoría de la gobernanza⁸.

En conclusión, y esto es lo que ahora quiere subrayarse, puede decirse que no hay ningún ámbito del Derecho Administrativo que pueda definirse de una vez por todas; ningún sector puede entenderse en términos estáticos. En ese sentido, el Derecho Administrativo representa el espacio de los actos jurídicos necesitados de legitimación. En sus capas externas, en sus relaciones con la esfera social, también habrá de transponerse ese objetivo a nivel dogmático.

La definición *negativa* o *residual* de la Administración (lo que no es Administración; o el espacio que le resta) remite de inmediato a la posición que ocupa la Administración en el contexto de la división de poderes. Este principio, como es sabido, se halla indisolublemente unido a la cláusula del Estado de Derecho y al principio democrático, y, más en concreto, guarda una íntima relación con la tutela de los derechos fundamentales y la garantía de la legitimidad democrática de determinadas estructuras constitucionales. Pues bien, en ese contexto, la teoría residual de la Administración resulta útil en la justa medida en que sirva para poner de relieve la separación del segundo poder respecto de los

[8] A este respecto, GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, «Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressourcen», en *GVWR*, vol. 1 (nota 1), § 16.

otros dos poderes⁹. En ese sentido, en efecto, el Ejecutivo constituye un poder que actúa con cierta autonomía, de acuerdo con sus propios criterios de racionalidad. La dirección del poder ejecutivo a través del Parlamento y el control que ejerce el poder jurisdiccional sobre los actos de aquél, aunque constituyan elementos esenciales, no agotan, sin embargo, las funciones y los objetivos del Derecho Administrativo. Se trata en realidad de comprender y construir la idea de la *autonomía de la Administración* con toda la potencialidad que ello encierra, de explorar la autoprogramación y el autocontrol¹⁰. La producción normativa de la Administración y la elaboración de planes y programas tienen, en efecto, una importancia extraordinaria en nuestro tiempo. Y, sin embargo, tales fenómenos pasarían desapercibidos y no se entenderían en toda su dimensión, si toda la temática de la dirección de la Administración se concentrara o agotara en la ley parlamentaria, como ha sucedido habitualmente en el marco del modelo tradicional del Derecho Administrativo¹¹. Y es que el Derecho Administrativo se caracteriza por una suerte de coexistencia de distintas formas de sintetizar modelos diversos: la Administración se mueve en diversos escenarios, que van desde la subsunción inmediata y casi mecánica de los dictados de la ley, hasta el desarrollo creativo de previsiones legales que tan sólo establecen los objetivos y fines genéricos que hayan de satisfacerse, dejando a la elección de aquélla el modo y los medios. A ello se añade que el Derecho Administrativo se compone en muy alta proporción de reglas de procedimiento y de organización; y es también el Derecho que se encarga de la producción normativa de la Administración¹².

[9] CHRISTOPH MÖLLERS, *Gewaltgliederung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2004, especialmente § 94 y ss.

[10] Véase WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, «Eigenständigkeit der Verwaltung», en *GVwR*, vol. 1 (nota 1), § 10.

[11] En contra de la misma, acertadamente: ARMIN VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2000.

[12] MÖLLERS, *GVwR*, vol. 1, § 3, núm. marg. 5.

SEGUNDA PARTE
TRES PLANTEAMIENTOS IMPORTANTES
PARA LA REFORMA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO

El postulado reduccionista del que parte el modelo tradicional y la consiguiente distorsión de la realidad que ello provoca hacen necesario un profundo análisis de la dogmática del Derecho Administrativo¹³. Baste un examen de la legislación para comprobar, por ejemplo, que el modelo explicativo de la dirección a través de la ley, entendida como una «receta» muy concreta, no resulta suficiente. Por eso, si la doctrina del Derecho Administrativo se quedara anclada en las premisas de ese modelo, se situaría, no a la cabeza de la innovación de la ciencia, sino en el furgón de cola, por detrás de las demás fuerzas motrices que promueven el desarrollo del Derecho Administrativo.

Resulta imprescindible, por tanto, establecer las nuevas coordenadas en las que situar los estudios y análisis sobre la reforma del Derecho Administrativo. La respuesta a esa necesidad de iluminar y orientar la investigación vendrá de la mano de tres conceptos-clave, a saber: la perspectiva de la denominada «ciencia de la dirección» (I), la «constitucionalización» (II) y los «ámbitos de referencia» (III).

I. EL POSTULADO DE LA CIENCIA DE LA DIRECCIÓN

El Derecho, por definición, se orienta a la eficacia o efectividad de sus postulados, esto es, a la obtención de los resultados y objetivos que busca. De ahí que la ciencia jurídica deba preocuparse por su efectividad en la vida real; no puede quedarse en la construcción dogmática de cada una de las instituciones, categorías o reglas. En consecuencia, al Derecho Administrativo le interesan también las condiciones o pre-

[13] De forma resumida, expone esta idea ANDREAS VOSSKUHL, «Neue Verwaltungswissenschaft», en *GVWR*, vol. 1 (nota 3), § 1.

supuestos que hacen que una institución resulte eficaz o efectiva, que resulte operativa. Ello implica la inserción de cada una de esas instituciones en un contexto más amplio, a fin de analizar las relaciones e interacciones recíprocas que éstas mantienen y asegurar que cumplan su función ordenadora, es decir, de orientación y racionalización.

Dicho de otro modo, la ciencia del Derecho Administrativo ha de ser concebida como una *ciencia de dirección*, esto es, como una ciencia que aspira a dirigir con eficacia los procesos sociales*. Esto implica una cierta distancia e innovación respecto del pensamiento jurídico-administrativo tradicional, en lo que a su concepción dogmática y metodológica se refiere. Una nueva visión, en última instancia, del *sistema dogmático* y del *método* para su construcción. No se trata con ello, sin embargo, de abandonar los presupuestos o los postulados en los que se ha basado el Derecho Administrativo tradicional, sino de completar el sistema clásico por medio de otros modelos con los que éste habrá de convivir. En ese sentido, las instituciones de la teoría general, tal como han sido entendidas tradicionalmente, podrán perder en cierto modo su protagonismo o centralidad¹⁴, dejarán de ejercer la posición dominante de la que han disfrutado, para transformarse en modelos básicos y fundamentales que, junto con los nuevos modelos que se alumbren, habrán de formar un conjunto normativo mucho más complejo y poliédrico:

– El *sometimiento a la Ley* y la *legitimación democrática* del Ejecutivo no puede seguir entendiéndose como una mera relación lineal o de causalidad desde arriba hacia abajo, sino como un proceso mucho más complejo, en el que se producen también efectos inversos, a nivel horizontal.

– La *organización administrativa* no puede concebirse como una simple unidad encerrada en sí misma, sin apertura hacia el exterior, y jerárquicamente articulada

* Sobre el tema, véase la introducción del capítulo segundo y el capítulo cuarto de la presente obra colectiva. Asimismo, recuérdese cuanto se indica en la obra del mismo autor *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit., pp. 27 y ss. (asimismo, puede consultarse la voz «dirección» de su índice analítico).

[14] Sobre esta temática, IVO APPEL y MARTIN EIFERT, «Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch», *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, vol. 67, De Gruyter, Berlin, 2008, pp. 226 y ss. y 286 y ss.

en su interior, sino como un conjunto de muy diferentes fórmulas organizativas (autoridades, agencias, instituciones, empresas públicas, etc.).

– Para determinar la *conformidad* o no a Derecho de la acción administrativa no basta con la tradicional perspectiva del control jurisdiccional, sino que es necesario aun antes situar el control en la perspectiva de la acción administrativa*.

– La actividad administrativa dotada de autoridad convive con la actividad sujeta al Derecho *privado*; la decisión unilateral coexiste con el *acuerdo*; la actividad formal, con las *actuaciones de la Administración de carácter informal*.

De cuanto antecede cabe concluir que la construcción sistemática del Derecho Administrativo actual ha de tener en cuenta ambas dimensiones a un tiempo, esto es, «lo tradicional y lo nuevo». Sin embargo, no se trata de una simple yuxtaposición de lo antiguo y de lo moderno, puesto que en el seno de todo sistema la renovación o la completud de *una de las* parcelas afecta inevitablemente a la posición relativa que ocupaban hasta ese momento *las demás* partes. De lo que se trata, pues, es de reconstruir la nueva posición que han de guardar las distintas partes del sistema entre sí. Con ello se gana, aunque eventualmente deban dejarse cosas fuera. Desde el punto de vista metodológico, la labor jurídica ha de ir acompañada de un análisis o juicio acerca de la *eficacia*, en el sentido a que ha aludido antes.

1. EL CONCEPTO DE DIRECCIÓN: ELEMENTOS Y LÍMITES

En este contexto, en el seno de las ciencias sociales, se ha producido un intenso debate sobre el concepto de *dirección***.

* Las actuaciones administrativas, en expresión de la autonomía de la Administración a que se hace referencia en el texto, se han multiplicado. La teoría del control ha de expandirse y crecer en paralelo a esas otras manifestaciones del fenómeno administrativo. Ello reclama no ya sólo una ampliación del control judicial (por ejemplo, en defensa de intereses colectivos o difusos), sino la inserción de otros, garantes de una mayor neutralidad e independencia, en una interrelación más densa. Véase la voz «control» del índice analítico de la obra de E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, citada en las anteriores notas.

** *Steuerung*, en alemán; *steering*, en inglés. Véase el capítulo segundo.

marco teórico que permite analizar los factores determinantes de los procesos sociales e indagar cuáles son sus dinámicas y sus condiciones ambientales; para conocer, en consecuencia, también los fundamentos o parámetros de identificación acerca de cómo influye el Derecho en la sociedad, cómo despliega su eficacia en la realidad. Esta teoría se ha estructurado en torno a cuatro elementos básicos y en recíproca interrelación: los *sujetos* de esa dirección, el *objeto* de la dirección, los *medios* y los *instrumentos* al servicio de la dirección. De ese modo, se muestra en toda su riqueza la complejidad del sistema social y se pone de manifiesto cómo interactúan y entrecruzan las distintas relaciones de ese proceso directivo¹⁵.

De acuerdo con la teoría de la dirección, el Derecho no representa el único *medio de dirección* de los procesos sociales, puesto que también los son el mercado, el personal y la organización. El Derecho, entendido de esta forma, ocupa una posición privilegiada dentro del Estado de Derecho, aunque no exclusiva. Sus efectos han de ponerse en relación con los demás medios; se han de hallar sus respectivos equivalentes funcionales y contrastar los efectos que producen cada uno de esos medios, a fin de mejorar eventualmente su eficacia.

Lo mismo cabe decir de los *instrumentos de dirección* que pone a disposición el Derecho. Desde esa perspectiva, por ejemplo, se puede observar que los instrumentos reguladores han gozado hasta el presente de un protagonismo muy especial y, por consecuencia o conexión, todo el sistema tradicional de aplicación o ejecución de la ley que ha ido asociado a la práctica regulatoria y que se expresaba por medio de mandatos y prohibiciones, de autorizaciones, reglamentos y planes vinculantes, como ha explicado satisfactoriamente la dogmática tradicional. Pues bien, desde los postulados de la ciencia de la dirección no

[15] Sobre este tema, E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee* (nota 6), cap. 1, núm. marg. 35; CLAUDIO FRANZIUS, «Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht», en *GVwR*, cap. 1 (nota 1), § 4.

En la obra de E. Schmidt-Aßmann, en castellano, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit., pp. 27 ss., y la voz «dirección» del índice analítico y la nota introductoria a la traducción del libro. Asimismo, véase la introducción del capítulo segundo y el capítulo cuarto de la presente obra colectiva.

cabe hacer objeción alguna a la política de carácter regulatorio, antes al contrario, pues ha de convenirse en que se trata de un instrumento irrenunciable, máxime si se tiene en cuenta que el Estado democrático de Derecho puede demandar la imposición de decisiones unilaterales aun en contra de la voluntad de sus destinatarios. Ello significa que el Derecho Administrativo habrá de seguir siendo el Derecho que regula las decisiones de carácter unilateral, dotadas de autoridad y ejecutividad. No existe posibilidad de prescindir de los actos administrativos que, en su caso, pueden ser ejecutados forzosamente, como, por ejemplo, liquidaciones tributarias, prohibiciones de edificar, o condiciones de protección de la vecindad.

Ésta es, sin embargo, sólo una de las caras de la moneda. El debate en torno a la teoría de la dirección revela que, junto a los instrumentos regulatorios en sentido estricto, habrán de tenerse en cuenta asimismo otros, como los incentivos y el uso de la información con objetivos regulatorios específicos. Se habla en el debate sobre la reforma, por ello, de una «mezcla de instrumentos»¹⁶. Estos procesos no han sido estructurados o elaborados jurídicamente de forma completa y sistemática. El Derecho Administrativo se ha ocupado profusamente, por ejemplo, del otorgamiento de las subvenciones, aisladamente consideradas. Sin embargo, ahora se trata de establecer un marco de ordenación general en el que tengan cabida *todos* los instrumentos de dirección. Y para ello no basta con derivar de las premisas tradicionales algunas consecuencias, o extraer de los presupuestos de siempre alguna solución; no se trata, por ejemplo, de «formalizar» la actividad administrativa no sujeta a normas de procedimiento, sino de algo distinto, de construir otros puntos de partida. El Derecho Administrativo ha de ocuparse, en efecto, de los distintos modelos de fomento y de los múltiples mecanismos incentivadores, consciente del amplio instrumental existente, al objeto de poner a disposición del Derecho las reglas adecuadas, de tal modo que se garantice la mejor protección de los interesados y la capacidad de acción del Ejecutivo, del mismo modo que la dogmática

[16] Sobre ello, LOTHAR MICHAEL, «Formen- und Instrumentenmix», en *GVwR*, vol. 2 (nota 1), § 41.

clásica hizo respeto de los instrumentos regulatorios tradicionales antes aludidos¹⁷.

Con todo, ha de advertirse que la perspectiva de la dirección tiene también sus límites, puesto que puede reducir todo a un planteamiento puramente mecánico. Y ello porque tiende a contemplar la realidad de forma muy selectiva y a la luz de una simple relación de causa y efecto. Poco se habría ganado, desde luego, si a las concepciones tradicionales del Derecho Administrativo (en ocasiones, un tanto simplistas, de una Administración que se organiza jerárquicamente y no tiene otra función que la de ejecutar deductivamente la ley), se le superpusiera un modelo igualmente simplificado, desde el punto de vista de las ciencias sociales.

Así pues, en suma, la *dirección a través del Derecho* no se agota en los medios característicos del ejercicio de autoridad o en los que son propios de la ejecución forzosa para la aplicación imperativa de las leyes. Una moderna visión de la dirección obliga a incluir *todas* las modalidades del Derecho: desde los programas legales de carácter material, llamados a una aplicación directa y sencilla; hasta los instrumentos financieros; de organización y de procedimiento. Surgen así una suerte de *estructuras reguladoras* (expresión ésta con la que pretendemos evitar cualquier consideración mecanicista de la teoría de la dirección), que, a su vez, pueden subdividirse en estructuras organizativas, procedimentales, de programación legal y de personal¹⁸.

2. ESTRUCTURAS REGULADORAS Y GOBERNANZA

El concepto de *estructura reguladora* sirve para poner en su debido contexto y conexión la noción de *gobernanza*. En el panorama europeo

[17] E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 1, núm. marg. 37.

[18] E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 1, núm. marg. 39. Sobre ello véase el capítulo primero y, más ampliamente, la obra completa de E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, citado en las anteriores notas del editor.

e internacional de nuestro tiempo se habla mucho de gobernanza¹⁹. Con este concepto se pretende llamar la atención sobre el hecho de que el Estado no es el único actor en la arena política y de que, con frecuencia, no es ni siquiera el actor dominante o principal, puesto que también los son otras instancias soberanas que actúan en un sistema multinivel (europeo, por ejemplo); así como empresas, asociaciones, grupos de intereses y otros representantes de la sociedad civil.

De manera que para poder hablar de medidas efectivas y *eficaces*, han de tenerse en cuenta las actividades de *todos* estos actores.

Aun cuando el concepto de gobernanza no haya adquirido aún un perfil claro y definido para el Derecho, no por ello puede pasar desapercibido en modo alguno en el debate sobre la reforma del Derecho Administrativo y la ciencia de dirección. Constituye de entrada una «fórmula descriptiva», que sirve para poner el acento en la multiplicidad de contextos o mecanismos de dirección que conviven entre las instancias nacionales y supranacionales, de un lado, y entre los actores públicos y privados, de otro. Esta expresión —gobernanza— sintetiza desde luego otros relevantes fenómenos que ya se venían contemplando en el referido debate. Tal es el caso, por ejemplo, del concepto de «distribución» o de «reparto de responsabilidades» (*Verantwortungsteilung*) entre la Administración y los ciudadanos, esto es, de división de las tareas o funciones entre la esfera social y la pública*. De acuerdo con Gunnar Folke Schuppert, cabe formular seis cuestiones de carácter científico en torno a la gobernanza, a las que ha de darse una debida respuesta²⁰:

— «¿Cómo se modifican y desplazan las fronteras en el sistema multinivel? ¿Qué consecuencias cabe derivar de esos movimientos de cara a la gobernanza

[19] Sobre este tema: GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Ed.), *Governance - Forschung - Vergegenwärtigung über Stand und Entwicklungslinien*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

* Para entender este concepto, véase la obra del autor *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, citada en las anteriores notas del editor y su índice analítico, así como la nota a la traducción con la que se inicia la referida obra.

[20] GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, «Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren», en *GVWR*, vol. 1 (nota 3), § 16, núm. marg. 21.

y a su específica articulación a través de los distintos niveles de dirección y gobierno?

– ¿Qué efectos y consecuencias se desprenden de la transnacionalización y de la pérdida que ello entraña para esa especie de «piel protectora» que es la soberanía nacional?

– ¿Cómo se mueven o modifican las líneas de frontera entre los distintos sectores? ¿Se puede decir que las estructuras en que se vertebra la gobernanza son de carácter transversal y común o deben concebirse exclusivamente como estructuras sectoriales para cada ámbito?

– ¿Cómo se desplazan las fronteras en el campo político y cuáles son las consecuencias que de ahí se derivan para las estructuras de la gobernanza?

– ¿Cómo se modifican los límites establecidos sobre las organizaciones y cuáles son las consecuencias que se desprenden de la liberalización de esas organizaciones?

– ¿Cómo se cambian los límites entre los sujetos intervinientes y las distintas constelaciones de sujetos, y cuáles son las consecuencias que de ahí se siguen, por ejemplo, para las redes de la gobernanza?»

El concepto de «estructura reguladora» posee la virtualidad de integrar de un modo más sistemático y profundo, dentro de las categorías del Derecho Administrativo, la noción descriptiva de «gobernanza», elaborada en el seno de la ciencia política para explicar el referido proceso, tal y como ha puesto de relieve Hans-Heinrich Trute²¹. En efecto, el campo de observación que ofrece la perspectiva de las *estructuras reguladoras* proporciona una visión más completa para la ciencia del Derecho Administrativo y su sistematización. Un ejemplo elocuente en ese sentido se localiza en la *teoría de las fuentes del Derecho*. Según nos consta, este tema ha merecido siempre en los manuales o tratados de Derecho Administrativo un tratamiento específico, en el que se abordan normalmente, junto con la Constitución y la Ley, los Reglamentos

[21] HANS-HEINRICH TRUTE, WOLFGANG DENKHAUS y DORIS KÜHLERS, «Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft», en *Die Verwaltung*, núm. 37, Duncker und Humblot, Berlin, 2004, pp. 451 y ss.

y otras normas de rango reglamentario. Y, sin embargo, con ello no se explica más que un segmento o pequeño fragmento de las normas que conforman la realidad de la Administración, porque de ordinario la teoría dominante se queda en una visión excesivamente «jerárquica» y «centrada en el Estado». Deja fuera otros elementos y perspectivas. No sirve entonces para sistematizar y ordenar el conjunto de estratos o niveles jurídicos propios de un sistema multinivel²²; y, menos aún, para incorporar la distinción entre Derecho «duro» y «blando»²³. Se entiende por ello que el citado autor postule la formulación de un «meta-ordenamiento» que sirva de marco y contexto para explicar e integrar el juego recíproco de los distintos regímenes, sistemas y principios regulatorios. La idea de «coherencia» habrá de ganar en lo sucesivo importancia en lo que hace a la teoría de las fuentes.

En suma, pues, puede concluirse que la ciencia de la dirección, entendida como la disciplina que se ocupa de las *estructuras reguladoras*, resulta de suma importancia en el debate actual sobre la reforma del Derecho Administrativo por dos razones:

– Primero, porque contribuye a estar en contacto con los conocimientos que aportan las ciencias sociales y, en consecuencia, a tener en cuenta los problemas que se producen en los momentos de cambio;

– Segundo, porque sirve para identificar dónde se encuentran las claves y las líneas de evolución futura de la ciencia del Derecho Administrativo, lo cual resulta sumamente útil para garantizar la eficacia de éste, su «función prestacional» y la «responsabilidad de establecer la infraestructura del ordenamiento jurídico» (Schuppert).

[22] Una exposición comprensiva y acertada en MATHIAS RUFFERT, «Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts», en *GVwR*, vol. 1 (nota 1), § 17; también HERMANN HILL, «Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung», en *GVwR*, vol. 2 (nota 1), § 34.

[23] Véase al respecto MATHIAS KNAUFF, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenenensystem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Que el Derecho Administrativo se encuentra estrechamente vinculado al Derecho Constitucional constituye una afirmación bien conocida desde el siglo XIX. Después de la segunda posguerra, la doctrina administrativista se concentraría intensamente en la nueva Constitución de las libertades que representa la Ley Fundamental de 1949 (*Grundgesetz*). Muy expresiva en este sentido resulta la conocida máxima de que «el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional concretizado (implementado)»*. Esta fórmula, atribuida a Fritz Werner, Presidente del Tribunal Supremo Administrativo («*Bundesverwaltungsgericht*») entre 1958 y 1969²⁴, constituyó el *paradigma del Derecho Administrativo* durante las primeras décadas de la República Federal de Alemania.

* La traducción correcta no es Derecho Constitucional «concreto» o «concretizado», sino Derecho Constitucional desarrollado o implementado. En efecto, la tradicional traducción de la expresión alemana (*konkretisiertes Verfassungsrecht*) como «Derecho Constitucional concretizado» resulta inexacta, a nuestro juicio, y está basada en un «falso amigo», cual es el participio «konkretisiert» o el verbo «konkretisieren». No es «concretar», como se entiende es español, lo que ese término expresa siempre en alemán. No es «hacer concreto» o «reducir a lo más esencial y seguro la materia sobre la que se habla o escribe», como afirma el diccionario de la Real Academia Española. No es, tampoco, precisar, reducir o expresar en detalle. «Concretar» en alemán, en el contexto del Derecho, puede significar también «desarrollar», «implementar» (término éste aún más amplio que «desarrollo» en la literatura de las ciencias sociales). Con ello, pues, no se quiere decir que el Derecho Administrativo sea una mera concreción del Derecho Constitucional, como de ordinario se piensa, lo que evocaría la idea (falsa) de que el Derecho Administrativo no sería sino una mera ejecución «concreta», una aplicación, de lo que la Constitución dispone, cuando lo que se quiere destacar es, desde las raíces y bases constitucionales en que el Derecho Administrativo se funda, justamente algo muy distinto, a saber: que el Derecho Administrativo se encarga de desarrollar, de implementar, de hacer efectiva la Constitución, pero no es una relación puramente mecánica o aplicativa, como si no admitiera más que una forma de «ejecución». Por el contrario, el Derecho Administrativo como Derecho Constitucional implementado pone el acento, en suma, en la idea de que el primero guarda una relación, respecto de la Constitución, de «constructor» —con creatividad, flexibilidad y variedad de opciones— a partir del cimiento que ésta pone. Se elige, en suma, la expresión «implementar» en lugar de «desarrollar» (aquí, la Constitución) porque también la idea de «desarrollo» puede llevar al error, tanto en español como en alemán, de que el sistema de Derecho Administrativo no sería sino una derivación necesaria de la Constitución, la única respuesta posible para hacer efectivos los mandatos que aquélla establece. Tal entendimiento es el que pretende cuestionar el autor.

1. «EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL IMPLEMENTADO»

La «concretización» (implementación)* de la Constitución afecta, en primer lugar, a la cláusula del Estado de Derecho y a la garantía de la tutela judicial efectiva, a que se refiere el artículo 19.4 GG. Ese fundamento constitucional ha permitido inferir relevantes referentes para la jurisdicción contencioso-administrativa, el procedimiento administrativo o la misma teoría de las formas jurídicas, característica ésta última del Derecho Administrativo alemán. Piénsese, por ejemplo, en la relevancia que se le ha otorgado a partir de la Constitución a la tutela judicial, preventiva o cautelar; a la escala o graduación de la discrecionalidad administrativa («discrecionalidad en el plano de las consecuencias jurídica»); conceptos jurídicos indeterminados con o sin «margen de apreciación»; o la proyección de los efectos de la tutela judicial sobre el procedimiento administrativo (obligaciones documentales y de motivación; derechos de acceso y vista del expediente; etc.).

Con todo, también se han producido simplistas aproximaciones al tema de las bases constitucionales. La función de los jueces y tribunales se ha sobredimensionado. Hoy tenemos más claro tres cosas:

— La «concretización» o implementación constitucional constituye un *método* complejo que no puede confundirse con una suerte de deducción mecánica de conocimientos desde la Constitución. *Rüdiger Breuer* se ha referido a este proceso certeramente²⁵: «Sin perjuicio de la supremacía de la Constitución, ha de notarse que los actos legislativos de desarrollo se mueven entre las garantías que podríamos llamar estructurales (como el principio del Estado de Derecho), de un lado y, de otro, las resoluciones judiciales que resuelven concretos conflictos reales. Ello entraña una forma de proceder marcada por la colaboración, el proceso y la apertura al cambio, en recíproca interacción». La concreción (desarrollo o implementación)* no es sinónimo en modo alguno de «mera ejecución» o de una acción

[24] FRITZ WERNER, «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm 64, Heymanns, Köln, 1959, pp. 527 y ss.

* Véase la anterior nota del editor.

[25] RÜDIGER BREUER, «Konkretisierungen des Rechtsstaats- und des Demokratiegebotes», en *Festsache 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Heymanns, Köln, 2003, pp. 223 (p. 227).

de carácter meramente «declarativo». La cuestión no siempre consiste en la obtención de resultados que, de acuerdo con la voluntad constitucional, habrían sido predeterminados de un modo preciso y no de otro, como si de la Constitución sólo pudiera derivarse una única opción válida. Naturalmente, la Constitución ha preestablecido numerosos aspectos del Derecho Administrativo, como sucede, por ejemplo, en materia de competencias y de organización. De algunos referentes esenciales, como el principio de sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 20.3 GG) y la garantía de la tutela judicial (art. 19.4 GG), el Derecho Administrativo ha hecho sus fundamentos, de los que ha sabido derivar numerosos postulados y consecuencias, que hoy gozan de la fiabilidad y del rango propios de la Constitución. Así, por ejemplo, se ha inferido de la «efectividad» que se predica de la tutela judicial la necesidad de que exista alguna forma de tutela cautelar que impida al poder ejecutivo crear una situación de hechos consumados antes de que el ciudadano pueda hacer valer su derecho en sede judicial. Ahora bien, en términos generales, el proceso de «concretización» o desarrollo resulta mucho más complejo y menos seguro. Y ello es así especialmente cuando se trata de extraer alguna conclusión de las decisiones constitucionales de carácter estructural (Estado de Derecho, democracia) y, aún más si cabe, de las determinaciones constitucionales teleológicas, como el principio de Estado social. Precisamente aquí es exigible del intérprete cautela y prudencia.

– Por su parte, ese «Derecho Constitucional concretizado» (desarrollado o implementado) que es el Derecho Administrativo no es tampoco Derecho Constitucional, sino, en la mayor parte de las veces, simple legalidad ordinaria; por tanto, susceptible de reforma o derogación por ley posterior²⁶. La «concreción» o desarrollo de la Constitución no puede conducir a la «petrificación» del Derecho Administrativo. El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo no se relacionan en términos de «derivación» o en forma deductiva, sino de complementariedad, de un modo circular: la legislación administrativa ha de interpretarse «a la luz» de las garantías constitucionales; y, en paralelo, pero en sentido contrario, las genéricas previsiones constitucionales (como las que se refieren, por ejemplo, a los derechos fundamentales) adquieren mayor claridad y contenido mediante la legalidad ordinaria. Este movimiento circular entre la legalidad constitucional y la ordinaria resulta particularmente claro, en términos generales, en los supuestos en los que las normas tienen por objeto la tutela o protección de determinadas parcelas de libertad. Por ejemplo, se puede decir que la libertad de pactos o la

* Véanse las dos notas anteriores del editor. Concreción ha de ser entendida en este contexto como equivalente a desarrollo o, mejor, implementación.

[26] Por todos, RAINER WAHL, en *Der Staat*, núm. 20, Duncker und Humblot, Berlin, 1981, p. 485 (502): «Igualmente, el Derecho Constitucional concretizado es legalidad ordinaria y como tal ha de enjuiciarse y medirse a la luz del verdadero Derecho Constitucional».

autonomía privada se integran dentro del ámbito del Derecho Constitucional al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG)* sobre la base de la experiencia que proporciona el Derecho Privado. Y del derecho de propiedad y de su ámbito de protección (art. 14 GG), es posible hablar con más profundidad cuando se tiene en cuenta la legislación de ordenación del territorio y de usos del suelo.

— Por lo demás, si se observa el Derecho Administrativo exclusivamente desde la óptica de la Constitución nacional, se obtiene una imagen estrecha, una visión insuficiente. Ha de ampliarse la perspectiva, de modo que igualmente se integren el Derecho Constitucional europeo, el Derecho originario de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el caso de Europa. Con todo, y por mantener el ejemplo de Europa, esa mayor amplitud de miras tampoco facilita la labor de «concreción» o implementación del Derecho Constitucional, si esas diferentes capas no se armonizan dentro del sistema multinivel europeo. En la realidad, más bien ocurre lo contrario: los distintos estratos se superponen entre sí y llegan a colisionar en algunas ocasiones, especialmente cuando intervienen jurisdicciones diferenciadas (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunales Constitucionales nacionales)²⁷.

Con las cautelas que impiden incurrir en esa explicación simplificada, ha de reconocerse que la fórmula del «Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concretizado» (o «implementado») supuso un paso de gigante. El Derecho Administrativo en Alemania ha podido beneficiarse de ese planteamiento y anticiparse tempranamente a un fenómeno, el de la constitucionalización de las ramas del Derecho, que hoy se extiende al Derecho Civil, al Derecho de la Unión Europea y al Derecho Internacional.

* «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt». La traducción oficial en inglés dice así: «Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law».

[27] Al respecto, la fundamental contribución de ANDREAS VOSSKUHLE, «Der europäische Verfassungsgerichtsverbund», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, vol. 29, Beck, München, 2010, pp. 1 y ss.

Aun cuando no se trate de un planteamiento consolidado en todos sus aspectos²⁸, posee la virtualidad de subrayar las *líneas de tendencia* para el futuro: la constitucionalización sitúa el tema central de todas las Constituciones (las relaciones del individuo con el poder) en el centro o eje del sistema, al tiempo que establece sus coordenadas fundamentales. De este modo, logra centrar el sustrato ideológico fundamental de las distintas ramas del Derecho. La llamada a la constitucionalización expresa dos necesidades: la de hallar los valores que sirvan de base y fundamento del ordenamiento jurídico, más allá de la técnica jurídica; y la de identificar las grandes opciones y posiciones jurídicas, por encima de las normas de detalle. Con toda cautela, podría afirmarse que a través de la constitucionalización la dogmática jurídica se encuentra o asocia con la filosofía del Derecho, teniendo como referente esencial y directo la dignidad humana a que se refiere el artículo 1 GG, que determina la función de servicio del Estado en su conjunto y, en concreto, la de los titulares de poder público²⁹.

Por lo demás, la conciencia de que las líneas directrices del Derecho Constitucional han de guiar las adaptaciones del moderno Derecho Administrativo ha estado presente en todo momento desde el inicio del debate sobre la reforma. A esta cuestión tuve ocasión de hacer referencia en el primer Congreso sobre la reforma del Derecho Administrativo, celebrado en el año 1991³⁰:

En el contexto de una investigación de esta naturaleza, conviene notar que las disposiciones constitucionales suponen en primer término una apuesta en favor de la especial pretensión de *validez de lo normativo*. Sin ese anclaje en los referentes constitucionales, no podría progresar ni construirse el Derecho Administrativo. Aun cuando sea evidente que el Derecho debe hallarse en armonía con el modo de funcionar de la sociedad, con sus valores y sus respectivas estructuras organizativas, no ha de olvidarse, sin embargo, que el Derecho tiene autonomía respecto de estos elementos o planos, y conserva su propia pretensión de validez

[28] GUNNAR FOLKE SCHUPPERT y CHRISTIAN BUMKE, *Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

[29] Sobre el tema E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee* (nota 15), cap. 1, núm. marg. 21 y ss.

[30] E. SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts — Reformbedarf und Reformansätze», en Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann y Schuppert (Eds.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1992, p. 11 (pp. 16 y ss.).

normativa frente a los distintos escenarios que puedan sucederse. A ello no se opone el hecho de que pueda demostrarse empíricamente la existencia de fallas o déficits en la aplicación de la ley o de que puedan hallarse lagunas legales. Aun así, la aspiración de validez se mantiene inalterada. Y ello resulta con mayor razón predicable de la Constitución, puesto que de algún modo reproduce y sintetiza los valores en torno a los cuales se ha construido la comunidad jurídica durante un largo período de tiempo, lo que la vertebra y la une. No puede obligarse a lo normativo a capitular de forma prematura ante la realidad.

De otra parte, es justamente la apertura de la Constitución lo que permite salir al frente de las ineficiencias y de los defectos o problemas estructurales que la teoría de la dirección muestra, autorizando una prudente evolución de las categorías y técnicas tradicionales. La Constitución es también una norma que acepta el progreso y la evolución, cuando resulten necesarios, e impregna de nuevo la legalidad ordinaria que implementa la Constitución. En consecuencia, el Derecho Constitucional no es sólo un factor estabilizador del sistema dogmático del Derecho Administrativo, sino también un elemento de renovación y flexibilidad. El sistema jurídico-administrativo requiere de las bases constitucionales para encontrar ahí el marco jurídico; los fines y los objetivos que han de presidir la acción administrativa; y, nótese bien, también la perspectiva y el progreso del Derecho Administrativo general. De ese modo, se nutre todo el filón argumental, como un marco general en el que se reflejan las nuevas tendencias. Ello se ha puesto recientemente de relieve respecto de las nuevas tecnologías de la información y las nuevas modalidades de intervenciones de la policía (investigaciones *on line*, almacenamiento de datos electrónicos de conexión para caso de necesidad). La jurisprudencia ha evaluado estos instrumentos desde los derechos fundamentales y si bien no los ha declarado incompatibles con la Constitución sin más, los ha sometido a claras restricciones en favor de la protección de la libertad, disciplinándolos así en términos constitucionales³¹. De esta forma se ha desarrollado un nuevo «derecho fundamental a la garantía de la integridad y confidencialidad de los sistemas de las tecnologías de la información» como parte del derecho general a la propia personalidad, que se proyecta sobre el Derecho y la praxis administrativos.

Cuando nos enfrentamos a las cuestiones de base y fundamentales del sistema del Derecho Administrativo, a aquellas que poseen efecto multiplicador, es preciso contar con las *decisiones estructurales* que la *Constitución* contiene. Son muchas, desde luego, las directrices que

[31] Sentencias del Tribunal Federal Constitucional de 27/2/2008, *BVerfGE* 120, 274 y ss.; y 2/3/2010, *BVerfGE* 125, 260 y ss.

la Constitución le dirige al Derecho Administrativo, pero ha de comenzarse por esas opciones estructurales, puesto que representan un referente constante en lo que a los valores y a la forma de actuar en comunidad concierne. En ese sentido, se han de observar señaladamente tres grandes decisiones constitucionales de carácter estructural para la construcción de la Parte General del Derecho Administrativo: la cláusula del Estado de Derecho; el principio democrático; y la apuesta por una «estatalidad abierta».

El principio democrático y la cláusula del Estado de Derecho encuentran su primera manifestación en el reconocimiento de la *dignidad humana* que la Constitución alemana ha proclamado en su art. 1, y de la que se infiere una *sensibilidad* o *actitud* que impregna *sustancialmente* todas las relaciones entre el Estado y el individuo*, esto es, la *posición* de éste en el conjunto del Estado. Esta particular situación del individuo, ciudadano y no súbdito, dotado de dignidad humana, implica que el Estado en su conjunto, incluida la Administración, sea considerado, no como una entidad aislada que se encierra y se basta a sí misma, sino como un fenómeno necesitado de justificación. La proyección de esta idea sobre la Parte General del Derecho Administrativo se traduce en la asimetría de las posiciones que ocupan, respectivamente, los ciudadanos y la Administración, esto es, la situación de libertad individual de unos y la vinculación a la idea de competencia de la otra³².

* Art. 1.1 (versión oficial inglesa): «Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority».

Por ejemplo el art. 10.1 de la Constitución española de 1978, aunque en otro formato y efectos, se inspiró en este precepto y el art. 21 antes citado: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

[32] También en este sentido se ha pronunciado recientemente DIETMAR VON DER PFORDTEN, «Normativer Individualismus und das Recht», en *JZ* 2005, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 1069 y ss.

2. DIRECTRICES DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO

La cláusula del Estado de Derecho y la Teoría General del Derecho Administrativo han convivido durante largo tiempo y han compartido su evolución histórica de una forma tan estrecha que en muchos momentos parecía que la idea del Estado de Derecho se agotaba por completo en la dogmática del Derecho Administrativo. El Estado de Derecho parecía ser simplemente el «Estado con un Derecho Administrativo bien ordenado»³³. Sin embargo, un análisis más detenido pone de manifiesto que la comprensión actual del Estado de Derecho presenta dos niveles o grados³⁴.

a) DIMENSIÓN OBJETIVA: LA ORDENACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO

El estrato más antiguo del Estado de Derecho se basa en realidad en un modelo objetivo. El Derecho, en efecto, se concibe aquí como un medio de ordenación; de delimitación de las esferas del Estado y de la sociedad; y de racionalización del poder estatal. Como es bien sabido, esta forma de entender el Estado de Derecho descansa sobre la premisa de que el Estado y la sociedad constituyen dos ámbitos o círculos rígidamente separados, que sólo se tocan o encuentran cuando aquél decide intervenir de forma puntual.

Con todo, no ha de exagerarse la tensión dialéctica entre el viejo Estado liberal de Derecho y el más moderno Estado social de Derecho. Entre ambos modelos hay muchas cosas en común. El modelo social y la comprensión del Estado de Derecho convergen en ciertos puntos. Y, a los efectos de determinar la *capacidad de dirección que despliega el Dere-*

[33] En este sentido, véase la cita de OTTO MEYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3ª ed., Duncker und Humblot, Berlin, 1924, vol. 1, p. 62.

[34] Sobre el principio de Estado de Derecho en general, *vid.* E. SCHMIDT-ASSMANN, «Der Rechtsstaat», en Isensee y Kirchhof (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts —HStR—*, vol. 2, 3ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2003, § 26.

cho, la cuestión resulta en última instancia irrelevante, desde una mirada más atenta. Por su parte, la Administración propia del Estado de Derecho de viejo cuño se caracteriza, primero, por su carácter aplicativo, esto es, por desempeñar una función meramente ejecutiva de la ley; y, en segundo término, por la ulterior fiscalización a la que está sujeta su actuación. En ese contexto, el objetivo a perseguir consiste en lograr la máxima formalización y juridificación de la acción administrativa. La ley, en este esquema, aspira a expresar un orden racional; esa es la forma que tiene el Derecho de asegurar la *dirección* de la Administración. Ese orden racional se construye a su vez sobre dos presunciones o presupuestos: la separación o deslinde entre las causas y la imputación de los efectos o consecuencias (i); y la división entre la función de legislar y la de ejecutar, de acuerdo con la secuencia «norma-acto singular de aplicación» (ii).

b) LA DIMENSIÓN SUBJETIVA: LAS POSICIONES O SITUACIONES JURÍDICAS INDIVIDUALES

Aun cuando la idea que subyace a la cláusula del Estado de Derecho que consagra la Constitución alemana entronca con esa concepción, lo cierto, sin embargo, es que esa idea se ha visto notablemente enriquecida y ha incorporado con el correr del tiempo una nueva dimensión, la subjetiva. La clave de esta nueva perspectiva radica en la convicción de que todos los poderes públicos se encuentran vinculados a los derechos fundamentales (art. 1.3 GG)*.

Los derechos fundamentales, en efecto, han impregnado el entero Derecho Administrativo; se encuentran presentes en todos los sectores de la Parte Especial y de la Parte General. Se han convertido en un referente constante. Esta es la característica más destacada de la evolución del Estado de Derecho bajo la vigencia de la Constitución. El Estado de Derecho responde a las exigencias más elementales del ser

* Por ejemplo, la Constitución española, en sus arts. 9.1 y, sobre todo, 53.1, expresa el mismo principio.

humano, como son las necesidades de racionalidad, respeto y certidumbre. Y lo hace de la mano de los principios, derivados de los derechos fundamentales, de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica. Si administrar de acuerdo con los parámetros del Estado de Derecho constituía en el primer nivel un principio objetivo, ahora el individuo en cuanto sujeto de derechos se erige en el centro de la ciencia del Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo, presidido por esta forma de entender el principio del Estado de Derecho, se caracteriza por tres notas³⁵. En primer lugar, todas las instituciones del Derecho Administrativo han experimentado una fuerte *individualización*. El resultado es el notable éxito que han alcanzado la proporcionalidad, la razonabilidad y la equidad en el ordenamiento jurídico-administrativo. Las medidas estatales deben perseguir un objetivo legítimo, deben ser idóneas y necesarias para alcanzar éste y no pueden ser desproporcionadas o exageradas para con respecto al resultado perseguido. Los tribunales realizan una estricta y, en ocasiones, demasiado estricta comprobación del cumplimiento de estos criterios de control.

A ello cabe añadir, en segundo término, una clara *subjetivización* del Derecho Administrativo. El derecho subjetivo no se entiende ya en términos de otorgamiento expreso: para su reconocimiento no es necesario que la norma haya declarado formalmente la atribución de un concreto derecho en favor del ciudadano, sino que basta con que la legalidad objetiva reconozca implícitamente algún interés individual digno de protección para que pueda hablarse de derecho subjetivo (doctrina alemana de las normas de protección)*.

Con todo, la característica más notable de un Derecho Administrativo que se halla inscrito en la órbita de los derechos fundamentales es

[35] Para mayor abundamiento, E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee* (nota 15), cap. 2, núm. marg. 47 y ss. Véase, pues, la versión española: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, cit.*, capítulo segundo, núm. 47 y ss.

* Desde otra perspectiva, y sin ser una categoría equivalente, constituye, sin embargo, expresión del mismo fenómeno descrito la protección de los intereses legítimos.

su fuerte *sensibilización*: la interacción entre la dirección y los intereses privados se analiza en todas sus dimensiones, a la luz de la intensidad, amplitud y profundidad de sus efectos; al tiempo que se examina su adecuación a las exigencias del Estado de Derecho. Así, el Tribunal Constitucional Federal tiene declarada, por razones de seguridad jurídica y en tanto que intervención o injerencia en ámbitos de libertad especialmente sensibles, la necesidad de autorización u orden judicial para que resulte válida la entrada oculta en un sistema técnico de información³⁶.

Es justamente esa eficacia de los derechos fundamentales la que ha operado como motor e impulso de tantas nuevas cuestiones para el Derecho Administrativo. La relevancia que ha adquirido el procedimiento administrativo en la tutela de las situaciones individuales de carácter material constituye un ejemplo elocuente de esa sensibilización del Derecho Administrativo hacia los derechos fundamentales. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Federal ha podido inferir del derecho general al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG y 1.1 GG)* las bases de la protección de los datos personales³⁷.

Desde luego, ese enriquecimiento de perspectivas del Estado de Derecho plantea también algunas dificultades dogmáticas. Piénsese, por ejemplo, que esta concepción del Estado de Derecho parte de la presunción de que es posible, primero, individualizar los intereses de los particulares y, segundo, predeterminedar en un plano abstracto y general las resoluciones que hayan de ser adoptadas para cada caso. El problema surge cuando la premisa se desvirtúa y no concurren esos presupuestos porque los intereses en juego poseen un carácter difuso y poliédrico, como consecuencia de la multiplicidad de afectados con intereses contrapuestos. En tal caso, los instrumentos de tutela y de

[36] *BVerfGE* 120, 274 (331 y ss.).

* Sobre estos preceptos constitucionales y el tema de la protección de datos, véase el capítulo tercero de la presente obra colectiva, en particular el epígrafe primero.

[37] Fundamentalmente la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal: *BVerfGE* 65, 1 ss. Una exposición y una valoración crítica de este pronunciamiento en MARION ALBERS, «Umgang mit Personenbezogenen Informationen und Daten», en *GVWR*, vol. 2 (nota 1), § 22.

garantía propios del sistema tradicional del Estado de Derecho resultan inadecuados, habida cuenta de que han sido contruidos sobre divisiones y esquemas más sencillos y precisos. Tal circunstancia no significa que haya que abdicar de la construcción del Estado de Derecho y de las exigencias que de su reconocimiento derivan. De lo que se trata, por el contrario, es de formular nuevas garantías que sean funcionalmente equivalentes a las del Estado de Derecho tradicional. Ello pone de relieve, por otra parte, que, aun cuando la cláusula del Estado de Derecho constituya un principio de carácter formal, no está llamada, sin embargo, a una estricta y rígida formalización. Es más, ni siquiera la primera y más antigua versión del Estado de Derecho concibió la dimensión formal que lo caracterizaba como si de un modelo matemático se tratara.

En otro orden de consideraciones, ha de notarse que tampoco se agota el principio del Estado de Derecho en el modelo regulatorio tradicional. En realidad, se trata más bien de acoger un concepto más amplio y abierto del Derecho. El moderno Estado de Derecho, en suma, habrá de asumir dos objetivos fundamentales: la ordenación de las complejas contraposiciones de intereses (i) y el hallazgo de modelos de procedimientos y de organizaciones adecuados, capaces de adaptarse a esas situaciones (ii).

A tal propósito, se ha de dirigir la mirada del Derecho Administrativo hacia los procesos que se localizan en lo que se podría denominar «nivel intermedio», esto es, en aquellos ámbitos infralegales en los que las constelaciones de intereses se pueden estructurar mejor a través de distintas fases de elaboración antes de la adopción de la decisión definitiva*. Como ya notábamos, la elaboración de normas reglamentarias y de disposiciones administrativas internas constituye un tema de notable importancia para la dogmática y ahora se pone de nuevo de relieve, puesto que las disposiciones administrativas internas, los proyectos, los

* Así sucede, típicamente, en el procedimiento expropiatorio, escalonado en torno a distintas fases claramente identificadas; o en el procedimiento de elaboración de planes. Véase el capítulo quinto de la primera edición de esta obra.

planes y programas cumplen a estos efectos una función capital³⁸. Desde ese concreto ángulo podría hablarse de un retorno a la concepción objetiva del principio de Estado de Derecho. En términos muy sintéticos, se trata simplemente de entender el Estado de Derecho de forma más amplia, como garantía de racionalidad en el funcionamiento del Estado.

Visto a la luz de un ejemplo: un órgano ambiental viene en conocimiento de que numerosas empresas de un polígono industrial infringen las normas medioambientales, pero no puede cerrar simultáneamente todas las instalaciones porque ello conduciría a un agravamiento de las condiciones del mercado local de trabajo. ¿Podría seleccionar al efecto una o varias de entre ellas, dejando que las restantes sigan funcionando? O, por el contrario, ¿ha de renunciar a dictar órdenes de cese en la actividad ya que, con ellas, estaría tratando algunas desigualmente? La jurisprudencia exige a este respecto que la Administración establezca un esquema de actuación que permita conocer los criterios conforme a los cuales pretenda proceder contra las empresas lesivas del medio ambiente. Estos criterios pueden ser, por ejemplo, la antigüedad de la instalación, la importancia de las emisiones, la localización espacial de las distintas instalaciones o, también, consideraciones de orden social. El deber de formulación de un tal esquema impide la arbitrariedad, incrementa la racionalidad y contribuye a que las medidas del órgano sean más fácilmente aceptadas por los afectados.

3. DIRECTRICES DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO*

En el ámbito del Derecho Administrativo, el principio democrático se ha de traducir en una suerte de *mandato de legitimación eficaz* o efectiva. La teoría de la legitimación ha recibido importantes impulsos en Alemania con ocasión de dos Sentencias del Tribunal Constitucional Federal, de octubre de 1990³⁹. La concepción, un tanto estricta, que de la legitimación se ha barajado en esas resoluciones ha incentivado el debate científico. Ello ha supuesto un importante avance en el plano

[38] Véase HILL, «Formen exekutivischer Selbstprogrammierung», en *GVwR*, vol. 2 (nota 1), § 34, núm. marg. 56 y ss.

* Véase del propio autor *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, citado en las notas anteriores del editor, pp. 100 y ss.

[39] *BVerfGE* 83, 37 ss. y 60 ss.

de la organización administrativa, que se ha visto así enriquecida con nuevos conocimientos y perspectivas. Con todo, también ha servido para poner de manifiesto que el concepto de legitimación democrática posee una estructura poliédrica, más compleja que la que expresaban las citadas Sentencias. Señaladamente, se han de analizar con mayor profundidad las dimensiones organizativas y procedimentales del principio democrático⁴⁰.

a) LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA EN SENTIDO ESTRICTO

El núcleo duro o la función principal del principio democrático para el Derecho Administrativo consiste en asegurar eficazmente, en todo el sistema administrativo, la legitimación democrática de la Administración pública, tal como se infiere del artículo 20.2 GG*. Legitimación democrática significa *legitimación a través del pueblo*, entendido éste como un conjunto de personas que se determina en función de unas características generales. Este presupuesto fundamental de toda legitimación democrática se manifiesta en dos exigencias: de un lado, que todas las decisiones puedan *reconducirse* al pueblo, en cuanto sujeto legitimante; y, de otro, que gocen de una determinada *calidad* democrática. Para garantizar esa calidad es necesario que el poder se sitúe a la debida distancia, para no ser atrapado o capturado por los intereses especiales o sectoriales, que no representan el común, puesto que se trata de decidir siempre de acuerdo con las exigencias del interés general, «en función de las características generales» que presente el asunto objeto de resolución.

En concreto, pueden distinguirse tres formas de legitimación:

– La legitimación de carácter *material, objetivo o interno*, que se deriva de la ley parlamentaria, así como de la ley de presupuestos. Aquí se trata de dirigir los

[40] En este sentido es muy completa la obra de HANS-HEINRICH TRUTE, «Die demokratische Legitimation der Verwaltung», en *GVWR*, vol. 1 (nota 3), § 6, núm. marg. 42 y ss.

* «Todo poder público emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y a través de órganos especiales del poder legislativo, ejecutivo y judicial.»

asuntos concretos de lo que la Administración ha de ocuparse y resolver, y de controlar en sede parlamentaria la oportunidad y corrección de esas actuaciones.

— La legitimación de carácter *organizativo* y de *base personal*, que se preocupa por las relaciones entre la persona integrada en el órgano que ejerce el poder público y el titular de ese poder. Para explicar esta forma de legitimación, se recurre a la imagen de la cadena de transmisión, esto es, de una «cadena ininterrumpida de legitimación» que parte del pueblo, pasa por el representante elegido por el pueblo y llega hasta el órgano y los administradores. En este contexto, resultan de particular importancia los actos jurídicos en virtud de los cuales las personas singulares asumen su cargo o función⁴¹.

— La legitimación *institucional* y *funcional*, con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.

Tradicionalmente, se ha entendido que la legitimación democrática de la Administración se agota en la *legitimación parlamentaria*. Desde esa perspectiva, la ley parlamentaria y su ejecución a cargo de una Administración estructurada jerárquicamente y sometida a la dirección de su cúspide —que resulta responsable por lo demás ante el Parlamento— se erigen en las garantías centrales de un Derecho Administrativo fundado sobre bases democráticas. Es obvio que este planteamiento es esencial. Al fin y al cabo, la ley parlamentaria y las decisiones que en su aplicación se adoptan desde arriba —por parte de la Administración— constituyen un medio irrenunciable para articular la legitimidad democrática, para hacerla efectiva. Nótese que ello permite además sustraerse del influjo de los *lobbies* o de los grupos de intereses, y de las organizaciones clientelares.

De todo ello se infiere, por ejemplo, que las agencias independientes —en cuanto ajenas a instrucciones ministeriales— sólo se pueden admitir con carácter excepcional, de acuerdo con la concepción dominante de la doctrina alemana:

El Derecho alemán se diferencia, en este punto, del Derecho de la Unión Europea, que dispone la creación en los Estados miembros, en determinadas

[41] *BVerfGE* 83, 60 (72 y ss.); y también *BVerfGE* 77, 1 (40).

circunstancias y condiciones, de agencias independientes. Este conflicto puede resolverse mediante el siguiente planteamiento: en la medida en que este tipo de agencias deba asumir tareas de importancia política, habrá de garantizarse su sujeción, cuando menos, al control parlamentario, siempre que, por excepción, no reciban instrucciones emanadas de los órganos ministeriales. En consecuencia, no resulta aceptable la separación del sistema político de las organizaciones administrativas, y su mera sustitución por el solo control de los grupos sociales. Otra cosa bien distinta es el fenómeno de la denominada autoadministración funcional (por ejemplo, Cámaras de Industria y Comercio, Colegios de Abogados), puesto que aquí no estamos ante autoridades, sino ante corporaciones, dotadas de un derecho a la autoadministración y una base de legitimación propia. Sin embargo, la ley parlamentaria ha de definir su ordenamiento interno, de modo que garantice que no se establezcan en el seno de la corporación correspondiente relaciones monopolísticas de poder.

Basten estas consideraciones para poner de manifiesto que el concepto de legitimación tiene que entenderse en la actualidad de una forma más plural que la empleada en las citadas Sentencias del Tribunal Constitucional Federal de octubre de 1990.

b) LA CONCEPCIÓN PLURAL DE LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA

En este contexto, la doctrina postula dos cosas: una, que se reconozca y admita la existencia plural de sujetos dotados de legitimación; y, la otra, que el concepto de «pueblo» no se haga derivar de una supuesta o preestablecida unidad, sino que se construya desde la perspectiva que ofrecen los derechos de libertad y la dignidad humana⁴².

En una Sentencia de 2002, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal se apartaría de su jurisprudencia anterior para limitar su estricta concepción de la legitimación democrática a los casos de la Administración local y a la Administración directa del Estado, y abrirse en cambio a otros escenarios. En otros ámbitos de la Administración, en efecto, el principio democrático se puede estructurar de un modo distinto. Así, subrayó el Alto Tribunal, cabe concebir otras formas de legitimación del poder que se separen de la idea de la necesaria *cadena*

[42] Esta misma idea se explica con mayor profundidad en TRUTE, *GVwR*, vol. 1, § 6, núm. marg. 19 y ss.; THOMAS GROSS, *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pp. 165 y ss.

de transmisión, esto es, de la exigencia de que todas las potestades de carácter decisorio cuenten siempre y en todo caso con una legitimación *personal*⁴³. El principio democrático y la autonomía no constituyen términos dialécticos o antinómicos. La autonomía funcional contribuye asimismo a hacer realidad la «concepción, a ella misma es inherente, de un ser humano que se determina a sí mismo dentro de un ordenamiento de las libertades», como se deriva de la referencia a la protección de la dignidad humana que luce en el art. 1.1 de la Ley Fundamental, al que ya antes se ha hecho mención. Ahora bien, eso sí, para que otros sujetos adquieran la suficiente legitimidad democrática, resulta obligado que el legislador democrático fije previamente y con el suficiente grado de detalle sus competencias y potestades, y establezca su sujeción a algún género de control⁴⁴.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal ha asumido esta reciente línea jurisprudencial y ha puesto especial énfasis en los aspectos *procedimentales* de la legitimidad democrática. En efecto, en una Sentencia de julio de 2004, referida a las organizaciones dotadas de autonomía funcional, afirmarí­a que el fenómeno de la autoadministración y el principio de autonomía hunden sus raíces en el principio democrático y que, por tanto, ha de hacerse posible la participación de los grupos sociales, bajo su propia responsabilidad, en la ordenación de los asuntos que les afecten⁴⁵. Esta jurisprudencia ya no hace alusión al modelo clásico, basado en la lógica de la estricta cadena de atribuciones o conexiones para explicar y fundamentar la legitimidad democrática; tampoco se citan ya las sentencias de octubre de 1990. En cambio, el Tribunal pondrá su acento en otros aspectos relevantes desde esta otra perspectiva. Así, recuerda la obligación que pesa sobre el legislador de adoptar las medidas necesarias para garantizar los intereses de las personas que se encuentran bajo la cúpula de esa autonomía funcional. La citada Sentencia subraya que «la organización y el procedimiento deben garantizar la adecuada defensa de los intereses públicos perseguidos dentro de una institución, ponderando adecuadamente los intereses de aquéllos que se someten a la potestad normativa de ésta»⁴⁶. La ley —continúa el Tribunal— debe asegurar la oportuna participación de los miembros de la respectiva profesión en la formación de la voluntad de la institución a través precisamente del establecimiento de un procedimiento de toma de decisiones adecuado⁴⁷.

En definitiva, también para la jurisprudencia constitucional más reciente, y no sólo para la doctrina, el principio democrático constitu-

[43] *BVerfGE* 107, 59 (91 y ss.).

[44] *BVerfGE* 107, 59 (94).

[45] *BVerfGE* 111, 191 (216).

[46] *BVerfGE* 111, 191 (217).

[47] *BVerfGE* 111, 191 (217).

ye hoy un principio jurídico que ha adquirido un específico *contenido normativo* que el legislador ha de transponer, aun cuando goce para ello de un mayor margen de libertad que cuando se trataba de fijar esas rígidas derivaciones que se deducían de la concepción anterior de 1990. Pueden conectarse los elementos representativos y los participativos. Es de destacar, en fin, que el modelo de legitimación ha de ir referido al ser humano, a la persona. Con razón se ha dicho que el derecho a una participación libre e igual se fundamenta y está enraizada en la dignidad humana (art. 1, apartado 1 GG)⁴⁸.

c) SOBRE LA RELEVANCIA DE LA AUTONOMÍA LOCAL

– De acuerdo con lo que ha quedado dicho y a la luz de esa nueva comprensión del principio democrático en lo que hace al plano de la acción administrativa, ha de ponerse en relación la legitimidad democrática asociada a la *autonomía local* con la legitimidad que deriva a través del Parlamento hacia la Administración jerárquicamente subordinada, de corte estatal o ministerial. Los entes locales de los que la Constitución predica la autonomía (art. 28.I.2 GG) se asientan sobre esas mismas bases democráticas*, y representan una segunda clase de legitimidad.

En tal sentido, en efecto, la legitimación no se reduce ni circunscribe en el Derecho Administrativo a la forma de legitimación típica propia del Estado de Derecho —basada en el sistema parlamentario de gobierno—, sino que, antes al contrario, incluye e integra un segundo impulso de naturaleza típicamente administrativa. En cuanto que constituye una segunda forma de legitimación, la autonomía local plantea, sin embargo, un problema fundamental en punto al proceso democrático de toma de decisiones. Se trata, en efecto, de la tensión dialéctica que se genera entre la idea de *democracia*, de acuerdo con la

[48] *BVerfGE* 123, 267 (341).

* El referido precepto proclama que en los *Länder* o Estados federados, en los entes supralocales y en los municipios ha de estar representado el pueblo, representación que ha de salir de unas elecciones directas, libres e iguales.

cual los afectados han de participar en las decisiones del poder público, y la necesaria *calidad* de esas decisiones, lo que obliga por su parte a que el contenido de éstas sea capaz de sustraerse a los concretos intereses específicos que pueda haber en juego. En este sentido, la autonomía local constituye una suerte de «fórmula intermedia», de síntesis dialéctica. Representa un ejemplo elocuente de equilibrio, puesto que pone de manifiesto que es posible aunar ambos aspectos en el seno de un ordenamiento que se legitima a través del pueblo, merced a la vinculación e interacción de los distintos procesos de legitimación. Una expresión de este fenómeno se encuentra en la misma dogmática que se ha ocupado de sistematizar las diferentes clases de reserva de ley en contraposición a la potestad normativa (reglamentos, ordenanzas) de la que disfrutaban los entes locales en el ejercicio de su autonomía.

– La autonomía local constituye una «fórmula intermedia» también en un segundo sentido. Y es que ésta representa una variante o especie del fenómeno de la autoadministración. Como ya notábamos, la *autoadministración* o autonomía, de un lado, y la *legitimación democrática*, de otro, tienen raíces comunes en los sustratos más profundos de la democracia⁴⁹, aunque la encarnen de diferente manera. La primera se expresa a través de los *afectados* o *interesados*; y la segunda a través del *pueblo*. Estos dos tipos de legitimación de la Administración, *mediante la participación de los afectados* y *a través del pueblo*, respectivamente, no deben sin más disolverse o reducirse a unidad. Por el contrario, como la democracia constituye un *principio conformador*, resulta necesario que los intereses específicos que se hagan valer en el seno de la propia Administración a lo largo del proceso decisorio sean contemplados con la *neutralidad* y *distancia* suficientes, recurriendo para ello a fórmulas organizativas adecuadas, *sin perder de vista la vinculación que ha de mantenerse con la legitimación que deriva del pueblo*. Ello supone, en términos de organización administrativa, la necesidad de su transposición en un régimen u *orden dual*, integrado por la legitimidad democrática que proviene del pueblo y por la legitimidad derivada de la autonomía y la participación de los interesados.

[49] En este sentido: *BVerfGE* 107, 59 (94).

El Tribunal Constitucional Federal ha considerado que la legitimación corporativa de la *autonomía* (o autoadministración) *funcional* constituye un ejemplo claro de «legitimación autónoma». Ahora bien, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la legitimación autónoma no se circunscribe a, ni se agota en, las organizaciones corporativas, puesto que puede operar bajo otras formas y en otros ámbitos, como los que tienen lugar en los escenarios de cooperación entre el Estado y la sociedad, en los que encontramos ejercicio de poder. Un ejemplo de ello lo representa la autonomía (o autoadministración) de las Universidades, cuya razón de ser estriba, primero, en la protección de la libertad científica de los investigadores y de los profesores académicos (art. 5, apartado 3 GG), lo que vale decir, por tanto, sobre todo de los profesores; y, segundo, en la protección de la libertad de educación de los estudiantes (art. 12 GG). La toma de decisiones en los gremios universitarios ha de estar ordenada, pues, de tal manera que se consiga el adecuado equilibrio entre tales derechos e intereses, lo que se traduce en un mandato, según el cual *las opciones de carácter organizativo de las instituciones universitarias* —las que se refieren a cómo organizarlas— *han de estar adecuadas a las exigencias de la ciencia*^{50*}. Ello supone que al Estado, a través del legislador en primer término, le incumbe en este ámbito la obligación y la *responsabilidad* de moldear y configurar la organización de intereses de los afectados (i), y la necesaria neutralidad ante los intereses especiales o de carácter sectorial (ii). La conocida «teoría de la esencialidad», en cuya virtud la reserva de ley obliga a establecer por ley formal cuando menos la sustancia o esencia del derecho fundamental de que se trate, ha evolucionado hacia una teoría estructural, en el marco de una concepción procedimental de la legitimidad democrática.

d) EL ESTILO DEMOCRÁTICO DE LA ADMINISTRACIÓN

En el Derecho Administrativo, el principio democrático no se agota en la doble función a la que se ha aludido, a saber: garantizar la *legiti-*

[50] *BVerfGE* 35, 79 (108) y, más recientemente, 127, 87 (113 y ss.).

* La expresión literal del Tribunal Constitucional Federal es «Gebot der Wissenschafts-adäquanz von hochschulorganisatorischen Entscheidungen». Con ello, entre otras cosas, quiere subrayarse que la organización, en este caso de las instituciones académicas, no es un indiferente jurídico, sino que ha encauzar, hacer posible, las exigencias que derivan de la ciencia, y, en suma, hacer legítima la autonomía que se les confiere. Utilizar las potestades autónomas y ejercer la discrecionalidad al margen de los fines constitucionales que le dan sentido y vida no sólo representaría una acción ilegítima (de entrada, por desviación de poder), sino también no democrática, perdería la conexión. Véase para mayor abundamiento el capítulo quinto de la obra de E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, citada en anteriores notas del editor.

midad democrática, de un lado, y organizar la *legitimidad autónoma* (de la entidad dotada de autonomía), de otro, sino que, por el contrario, se preocupa igualmente, y con un alcance más amplio, por la forma de *dirigir* a la Administración y por marcar un *estilo administrativo*. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que la acción administrativa no ha de ser sólo conforme con la Ley y al Derecho, sino que más allá de ese estándar mínimo debiera satisfacer otros *criterios de corrección* (eficacia, calidad, etc.). Si se adopta esa óptica, la aceptación de los ciudadanos crecerá sin duda.

Por otro lado, tanto la fase previa a la actuación administrativa, como su ulterior control, no son en modo alguno indiferentes al principio democrático, puesto que poseen desde luego también una clara dimensión democrática⁵¹. Lo cual hace necesaria la reconstrucción, en el marco de la teoría de la acción administrativa, de dos elementos fundamentales, tales como la participación del público en general (y no sólo de los interesados) y la articulación de los intereses plurales y libres⁵².

Un ejemplo puede ilustrar sobre la significación del concepto normativo de legitimación: muchos municipios organizan anualmente, en plazas y vías públicas, fiestas populares tradicionales («consagración de la iglesia», «fiesta de la primavera», etc.). Los explotadores de tirovivos, casetas de tiro y puestos de venta aprovechan estas fiestas para sus negocios. Algunos de estos llamados feriantes residen en el correspondiente municipio, otros vienen de fuera. Todos precisan emplazamientos. En la mayoría de los casos hay más interesados que emplazamientos disponibles. Por lo que los municipios deben seleccionar los beneficiarios de éstos. ¿Pueden delegar esta selección en una asociación de feriantes? Lo que a primera vista puede parecer muy democrático no lo es en realidad. La distribución de los emplazamientos constituye una decisión de *imperium* con serias consecuencias económicas para aquéllos a los que no se atribuya emplazamiento alguno. Ha de estar legitimada democráticamente. Legitimado está el municipio. La asociación de los feriantes es, por el contrario, una entidad privada, que no posee la legitimación precisa para ejercer poder público. La delegación de la decisión es, pues, inviable. El municipio puede hacerse asesorar por la asociación,

[51] Sobre estos criterios de la actuación administrativa, RAINER PITSCHAS, «Massstäbe des Verwaltungshandelns», en *GVWR*, vol. 2 (nota 1), § 42, núm. marg. 201 y ss.

[52] Al respecto, ARNO SCHERZBERG, «Öffentlichkeitskontrolle», en *GVWR*, vol. 3 (nota 1), § 49.

pero, en tanto que Administración con legitimación democrática, ha de tomar la decisión última.

4. LA OPCIÓN CONSTITUCIONAL EN FAVOR DE UNA «ESTATALIDAD ABIERTA»

La opción de la Constitución alemana por una «estatalidad abierta», como se desprende de los artículos 23 y 24 GG*, plantea nuevos retos para el Derecho Administrativo tradicional a resultas de los efectos que se derivan de las organizaciones supranacionales y de Derecho Internacional⁵³. Esta «europeización del Derecho Administrativo» (en el caso de Europa) y la innovación del Derecho Administrativo para dar respuesta a esa suerte de «asociación de Administraciones del espacio europeo» constituyen la tercera tarea que habrá de llevarse a cabo en el marco de las reflexiones y estudios sobre la reforma.

No cabe excluir por ello que se modifiquen algunas de las bases constitucionales del Derecho Administrativo, como acredita el ejemplo de la protección de la confianza legítima en Alemania. Se trata de un principio, expresión de la seguridad jurídica, de honda raigambre en el Derecho alemán y que, por su inserción en la cláusula del Estado de Derecho y en el seno de los derechos fundamentales, adquiere rango constitucional. Pues bien, como puede adivinarse, no resultó fácil la exigencia del Tribunal de Luxemburgo de ordenar en su momento la devolución de las ayudas de Estado recibidas por una empresa privada por considerarlas contrarias al Derecho de la Unión Europea (Derecho de la Competencia), puesto que, a la luz del confianza legítima tal como está construida en el Derecho interno, tales ayudas no habrían sido ya susceptibles de revisión⁵⁴. Aun cuando los jueces alemanes hubieron de aceptar la *primacía* del Derecho de la Unión Europea, reconocida en la cláusula constitucional en favor de esa *estatalidad abierta*⁵⁵, ha de

* El art. 24 GG se asemeja al vigente art. 93 de la Constitución española, y otras europeas. El art. 23 GG, por el contrario, estableció una más detallada fórmula de fondo y forma sobre la transferencia de competencias a la Unión Europea.

[53] Sobre el tema, véase RAINER WAHL, en Schuppert (Ed.), *Europawissenschaften*, Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 147 y ss. Véase asimismo la tercera parte del presente capítulo.

[54] Cfr. STJCE 1997, 1607 (asunto *Alcan*).

[55] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo Administrativo: *BVerwGE* 106, 328 ss. y la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal; *BVerfG* (K) *NJW* 2000, 2015 ss. Más detalles

admitirse, sin embargo, que esa *actitud amigable que la Constitución presenta hacia el Derecho Internacional* tiene también sus límites. Así, por ejemplo, tales límites se desbordarían si de aquél se siguiera «una lesión de los principios fundamentales que la Constitución contiene», como dispone el propio art. 23 GG antes citado. Con ello, el Tribunal Constitucional Federal quiere hacer referencia, como ha reiterado en alguna reciente Sentencia, a lo que ha venido en calificar como «reserva de soberanía», añadiendo a este propósito que la Constitución no acepta la sujeción de un poder exterior que suponga el debilitamiento de cualesquiera de los límites esenciales o de los controles constitucionales⁵⁶. Tal podría ser el caso, por hipótesis, si la Unión Europea obligara, por ejemplo, a que los Estados miembros crearan agencias independientes con trascendentes funciones en términos políticos y dispusiera a un tiempo la ausencia de controles parlamentarios o del control del Ministerio correspondiente. No se trata, pues, más que de un supuesto imaginario para ilustrar cuanto ha quedado dicho.

5. LA TRASCENDENCIA DE DETERMINAR LOS FINES DEL ESTADO: EL PRINCIPIO DE ESTADO SOCIAL

La constitucionalización del Derecho Administrativo se hace realidad asimismo mediante se adecuación a lo que reclaman las disposiciones de la Constitución relativas a los fines que al Estado incumbe garantizar.

Piénsese, por ejemplo, en los objetivos del Estado social (art. 20.1 GG), o en el fin estatal de la «conservación del medio ambiente» (art. 20a GG)*. Señaladamente, en lo que a la cláusula del Estado social concierne, habitualmente se plantean expectativas importantes. Sin embargo, la propia Constitución no aporta por sí misma demasiadas cosas.

en HERMANN-JOSEF BLANKE, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2000.

[56] *BVerfGE* 111, 307 (319).

* El citado precepto establece que el Estado protegerá las condiciones naturales de la vida y a los animales, también de cara a las futuras generaciones, mediante la acción de todos los poderes públicos, legislativo, ejecutivo y judicial.

De ahí que la concreta plasmación de los fines del Estado competa primariamente al legislador ordinario. El plano de la legalidad ordinaria resulta inexcusable, en efecto, para fijar y llenar de contenido, en primer término, los derechos subjetivos, en particular cuando nos encontramos ante una proclamación tan amplia y abstracta de los objetivos del *Estado social*. Con los derechos subjetivos sin más, tal y como se reconocen en la Constitución, no cabría plasmar en la realidad el fin social del Estado⁵⁷.

Lo único que la Constitución garantiza de modo inmediato y directo, en el caso alemán, es el denominado derecho a *un mínimo existencial*⁵⁸; y, a ese propósito, el art. 20.1 GG —que proclama la cláusula del Estado social— apenas tiene protagonismo alguno, puesto que el citado derecho se infiere en realidad de otros preceptos constitucionales, como el que se refiere a la dignidad humana (art. 1 GG), o de los preceptos reguladores de otros derechos fundamentales (por ejemplo, del derecho a la integridad física)⁵⁹. Y, por lo demás, tampoco se garantiza con el derecho a un mínimo existencial una cuantía o magnitud determinadas de una vez por todas, habida cuenta de las cambiantes condiciones de vida⁶⁰, por lo que el legislador en todo caso goza de un amplio margen de apreciación⁶¹.

Se entiende por ello que también sea limitado el peso que ha tenido la cláusula del Estado social en la *jurisprudencia contencioso-administrativa*, cuando se enfrenta a la resolución de los recursos.

Aunque los recurrentes invoquen con cierta frecuencia esta cláusula, lo cierto es, sin embargo, que en muy escasas ocasiones prosperan con tal fundamento

[57] Para mayor abundamiento, MICHAEL SACHS, en del mismo autor (Ed.), *Grundgesetz*, 6ª ed., Beck, München, 2011, art. 20, núm. marg. 50.

[58] En este sentido véase HORST DREIER en del mismo autor (Ed.), *Grundgesetz*, vol. 1, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, art. 1 I, núm. marg. 158; y también las siguientes sentencias: *BVerfGE* 82, 60 (80); *BVerwGE* 82, 364 (368).

[59] *BVerfGE* 125, 175 (222 y ss.). E. SCHMIDT-ASSMANN, *Grundrechtsschutz und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen*, De Gruyter, Berlin, 2001, pp. 23 y ss.

[60] KARL-PETER SOMMERMANN, en Mangoldt, Klein, Starck, *Bonner Grundgesetz*, vol. 2, 4ª ed., Vahlen, München, 2000, art. 20, núm. marg. 117; KARL-JÜRGEN BIEBACK, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, De Gruyter, Berlin, 1997.

[61] *BVerfGE* 82, 60 (93 f.); 91, 93 (111); 125, 175 (224 y ss.).

sus pretensiones. Fue diferente, desde luego, en la etapa inmediatamente posterior al año 1949, cuando se aprueba la Constitución todavía en plena posguerra⁶². Pero aún así fueron muy pocas las sentencias estimatorias. Ni siquiera la famosa Sentencia sobre el deber de asistencia⁶³ constituye una auténtica excepción a esta tendencia, puesto que la cláusula del Estado social no fue la verdadera *ratio decidendi* o «razón de decidir», del fallo, sino un argumento entre tantos; ni sirvió, en consecuencia, para fundamentar la exigibilidad de nuevas obligaciones prestacionales. El conjunto de argumentos que la citada Sentencia contiene, por el contrario, sirvió, nótese bien, para extraer de las obligaciones prestacionales reconocidas por la legalidad ordinaria el correspondiente derecho subjetivo en favor de los beneficiarios. En suma, cuando la jurisprudencia ha reconocido algún derecho más allá de la literalidad de la ley lo que ha hecho en realidad no es sino apoyarse en previsiones constitucionales más concretas, como el principio de igualdad del art. 3 GG o el principio de confianza legítima, para justificar la conclusión de que se trate⁶⁴.

El principio de Estado social sí cobra un significado propio en los casos en que el Ejecutivo puede intervenir sin una base legal previa. Así y todo, cuando sobre la materia o sector pesa una *reserva de Ley*, la invocación del principio de Estado social no le faculta para actuar al margen de esa cobertura⁶⁵ porque este principio no crea competencias nuevas, sino que las da por supuestas⁶⁶.

Así las cosas, cabe concluir que a la Administración le corresponde utilizar la cláusula del Estado social como una «máxima interpretativa y una directriz que ha de guiar el ejercicio de sus potestades discrecionales»⁶⁷. De ahí se infiere que la Administración goza de un amplio margen de maniobra en la consecución de ese resultado; que

[62] Cfr. F. WERNER, «Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 81 (1956), Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 84 y ss.

[63] Caso *Fürsorgepflicht: BVerwGE* 1, 159 y ss.

[64] Sobre un caso relacionado con el art. 6.4 GG (en negativo), *vid. BVerwGE* 91, 130 y ss. Sobre la conexión del art. 12 GG con el principio de Estado de Derecho (en negativo), *vid. BVerwGE* 102, 142 (147).

[65] SOMMERMANN, en *Grundgesetz* (nota 60), vol. 2, art. 20, núm. marg. 120.

[66] HANS F. ZACHER, «Das soziale Staatsziel», en *HStR* (nota 34), vol. 2, § 28, núm. marg. 112.

[67] KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2ª ed., Beck, München, 1984, § 21 III 4.

su función no es meramente ejecutiva o aplicativa; y que la discrecionalidad que ello entraña no se circunscribe a la clásica expresión en la que estas potestades se localizan (esto es, la elección de una respuesta entre varias posibles a la vista de unos hechos que le vienen dados)*. Se trata de algo más que eso. En efecto, ese *amplio poder de configuración* se extiende a las potestades normativas y de planeamiento, a las funciones de cooperación y colaboración (por ejemplo, con las Iglesias, o con entidades privadas de beneficencia).

La *asistencia social de carácter jurídico-público*** representa uno de los escenarios característicos donde la Administración ha de desplegar esa función configuradora, o de concreción en sentido amplio (o implementación), del fin social del Estado, puesto que no se articula sobre la idea de una ejecución de una programación legal cerrada. Aquí ha de hacerse, con todo, una importante matización. Y es que las ofertas de servicios públicos que procura el Estado no tienen por qué ser sin más y automáticamente una expresión del Estado social. Esa condición la adquirirán cuando tengan por objeto equilibrar la distancia entre las distintas capas de la población y de los diversos territorios para hacer realidad el acceso de todos a esos bienes y servicios. O, dicho de otro modo, cuando en el reparto de la escasez (de bienes y servicios), «sube en la sociedad el caudal de su deseo de acceder a esos servicios y bienes»⁶⁸. Así, por ejemplo, pueden concurrir razones sociales específicas que justifiquen una asistencia básica en beneficio de los sectores de población más desfavorecidos; o una cierta flexibilidad, con ciertos límites, ante una determinada lista de espera para acceder a algunas instituciones u organizaciones públicas.

Sin embargo, la cláusula del Estado de Derecho no garantiza la recepción de un determinado nivel de prestaciones de las instituciones

* Esto es, en el plano de los efectos o consecuencias jurídicas (en el entendimiento de que los hechos le vienen dados a la Administración y ésta sólo puede proyectar sus potestades discrecionales sobre los efectos o respuestas a elegir ante una situación dada).

** *Daseinsvorsorge* o «procura existencial», en la tradicional y literaria traducción española.

[68] ZACHER, «Das soziale Staatsziel», en *HStR* (nota 34), vol. 2, § 28, núm. marg. 66.

públicas, ni situaciones adquiridas en este contexto⁶⁹. Tampoco prohíbe la privatización. Algunas instituciones públicas que hoy existen podrían desaparecer y los estándares prestacionales tradicionales, en términos constitucionales, podrían aminorarse. Para el Estado, eso sí, resulta irrenunciable mantener una «infraestructura» que garantice a los ciudadanos el acceso a los servicios y bienes esenciales para la vida⁷⁰. Ahora bien, esa necesaria garantía puede satisfacerse de modos diversos y, desde una perspectiva constitucional, el Estado podría regular la satisfacción del servicio o la provisión del bien a través del sector privado^{*71}. El denominado *Derecho Administrativo de garantía*^{72**}—*actividad administrativa de garantía de un resultado*— constituye, por tanto, un factor fundamental que ha de considerarse en la reforma del modelo tradicional del Estado social.

6. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO «TRANSFORMADOR» DE LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Los estudios que se ocupen de la innovación del Derecho Administrativo han de tener en cuenta el Derecho Constitucional por dos razones fundamentales:

— De un lado, porque pone de relieve que el modelo administrativo tradicional con su reduccionismo y su comprensión de la Administración, como una organización ejecutiva estructurada jerárquicamente, no responde a, ni menos aún agota, la idea que de la Administración tiene la Constitución, puesto que ésta

[69] JOSEF ISENSEE, «Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung», en *HStR* (nota 34) vol. 5, 2ª ed., 2000, § 115, núm. marg. 161.

[70] Al respecto, *vid.* GEORG HERMES, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, pp. 323 y ss.

* Como sucede, por ejemplo, con los denominados «sectores regulados».

[71] SOMMERMANN, en *Grundgesetz* (nota 60) vol. 2, art. 20, núm. marg. 111.

[72] ANDREAS VOSSKUHLE, «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben», en *VVDStRL*, núm. 62 (2003), pp. 266 (310 y ss.).

** Una Administración que garantiza un resultado, en el contexto de un Estado que, respecto de determinados servicios o bienes, pasa de ser prestador directo a garante de un resultado.

diseña una *imagen más compleja y rica del Ejecutivo* en sus relaciones con los ciudadanos y las empresas, que lo que la visión tradicional ha permitido ver.

— De otro, porque el Derecho Constitucional opera como «transformador» para involucrar al Derecho Administrativo en la evolución social. El Derecho Constitucional es, en buena medida, un Derecho de naturaleza discursiva. En efecto, aunque en términos jurídicos se hable de «aplicación» de la Constitución, en realidad se trata de un complejo proceso de negociación y de depuración, que discurre por distintos niveles y círculos. En el marco de ese proceso, se suceden las diversas concepciones políticas y a través del método de «ensayo y error» van adquiriendo distinta forma; se transforman en argumento jurídico; y, finalmente, se decantan —sobre todo por la acción de los Tribunales Constitucionales— en la formación de la dogmática jurídico-constitucional. Pues bien, en este contexto, se entiende que el debate académico sobre la reforma del Derecho Administrativo tenga la mirada puesta en el Derecho Constitucional y se beneficie de la clarificación que este proceso despierta.

De este modo, los retos que comporta la evolución económica, ecológica, social o tecnológica se pueden «filtrar normativamente» para permitir su asimilación a través de la sistemática del Derecho Administrativo. «Asimilar» significa aquí «seguir pensando» sobre los conocimientos básicos que la Constitución ofrece. Christoph Möllers, en su trabajo sobre el *método del Derecho Administrativo*, ha aludido a la «función cognitiva» que desempeña el Derecho Constitucional, y describe la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo de la siguiente manera⁷³: Las normas constitucionales más básicas facilitan la necesaria generalización. Ello se pone de manifiesto, en el caso alemán, por ejemplo, en los principios democrático y del Estado de Derecho. Y, a la inversa, con la innovación del Derecho Administrativo general se hace realidad al mismo tiempo un mandato constitucional, puesto que la pretensión de mantener las distintas partes del Derecho Administrativo como sectores susceptibles de generalización y comparación satisface ciertas exigencias del principio democrático y de la cláusula del Estado de Derecho, al impedir una excesiva atomización y sectorialización del ordenamiento; de lo contrario, cada sector tendría el exclusivo apoyo de un círculo de interesados y no podría obtenerse

[73] MÖLLERS, en *GVWR*, vol. 1 (nota 3), § 3, núm. marg. 54.

una visión de conjunto de las estructuras reguladoras, tanto para los ciudadanos, como para la Administración que ha de intervenir.

III. LA ORIENTACIÓN HACIA LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LOS «ÁMBITOS DE REFERENCIA»

El tercer elemento básico consiste en la necesidad de centrar el análisis en la Parte Especial del Derecho Administrativo. La Parte General se caracteriza por un alto grado de abstracción, lo que permite que, habitualmente, sea contemplada como un sistema, como una *construcción*. Ello obliga a poner la atención constantemente en la Parte Especial. Sin un conocimiento preciso del urbanismo, del régimen local, de la seguridad ciudadana y el orden público, o del Derecho Administrativo económico, es imposible construir un sistema de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo especial tiene dos funciones que cumplir a los efectos de la actualización de sus instituciones, desde el principio:

De un lado, satisface una función *heurística*, pues en su seno han de buscarse los sectores más representativos del panorama actual de la Administración pública, es decir, los denominados «ámbitos de referencia» (i); de otro, ejerce una función *metodológica*, al objeto de disciplinar la praxis (ii). Los distintos sectores del Derecho Administrativo especial constituyen el *depósito* de las soluciones que la Administración ha ido adoptando en el ejercicio de su actividad y, al mismo tiempo, representan el *espejo* en el que se reflejan las necesidades de regulación existentes en la actualidad. En consecuencia, la construcción del sistema del Derecho Administrativo se realiza siempre de forma deductiva e inductiva, a un tiempo⁷⁴.

[74] E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee* (nota 15), cap. 1, núm. marg. 12 y ss. y cap. 3, núm. marg. 2.

1. LA ADECUADA SELECCIÓN DE LOS ÁMBITOS DE REFERENCIA

El universo conceptual de la Teoría General del Derecho Administrativo se ha elaborado, principalmente, a partir del material y de los valores que subyacen en sectores como los siguientes: seguridad ciudadana y orden público; régimen local; urbanismo y función pública. Estos sectores han sido, históricamente, muy relevantes y parece indiscutible su vigencia actual.

El sector de la seguridad ciudadana y de orden público constituye el modelo básico de la seguridad (alimentaria, salud pública, etc.), cuyo objeto no es otro que el de satisfacer las más elementales exigencias que al Estado competen en orden a conjurar los peligros y garantizar la seguridad de cada ámbito. Se trata, en suma, de establecer las «condiciones fundamentales para el desarrollo de la libertad individual y la consecución del bienestar social». El régimen local, por su parte, combina en síntesis dialéctica la organización de la autonomía local y la procura existencial, para elevar esa conjunción a la categoría de «estándar» o modelo para una Administración que interviene en asuntos cotidianos, próxima al ciudadano y apegada al terreno, con legitimación democrática y en régimen de autonomía. Por último, el Derecho urbanístico constituye un sector que ilustra con meridiana claridad la profunda transformación producida en el seno de esta política pública, desde las iniciales intervenciones puntuales de antaño hasta la planificación actual.

Sin embargo, y pese a la relevancia que han tenido esos sectores, a su través no es posible reflejar en la Parte General, con la debida profundidad y extensión, las grandes tareas que incumben a la Administración de nuestro tiempo.

En la actualidad, los ámbitos de referencia de mayor interés son aquellos en los que se pone de manifiesto la responsabilidad del Estado en la economía, la seguridad social o el mantenimiento de las condiciones de vida natural: el Derecho Público de la economía; las prestaciones sociales; y el medio ambiente. Se trata de analizar, comparar e indagar

qué reglas e instituciones son susceptibles de generalización, esto es, de incorporarse a la Parte General y ser elevadas a categoría general. Con ello ha de generarse una mayor «capacidad de aprendizaje del Derecho Administrativo General»⁷⁵.

2. EL PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO: LA CONEXIÓN CON LA PRÁCTICA

El estudio de los ámbitos de referencia satisface una segunda función en el marco de la reforma. En efecto, el análisis de los ámbitos de referencia debidamente seleccionados representa un método especial por cuanto permite traducir y comprender la realidad de la acción administrativa (i), y mediar de ese modo entre el «ser» y «el deber ser» (ii). Para conocer sistemáticamente un sector de referencia, es preciso analizar sus fundamentos, las categorías e institutos jurídicos y los procedimientos que lo integran. En tal sentido, el estudio no puede detenerse en las concretas leyes que disciplinen el sector, sino que conviene indagar su historia y conocer las distintas fases en las que se periodifica su evolución, hasta desembocar en el presente. A ello han de añadirse los dictámenes de los expertos, los documentos oficiales y los debates de los especialistas. Lo mismo cabe decir respecto de las resoluciones judiciales más trascendentes, en las que puedan identificarse los clásicos conflictos de intereses. Así pues, el análisis fructífero de los ámbitos de referencia pasa por el conocimiento de las normas y de las resoluciones singulares que surcan el sector. *Se trata, pues, de un trabajo orientado a las normas y a las resoluciones.* La actividad adquiere de ese modo un mayor contenido y sustancia jurídica. El estudio de los sectores de referencia no se queda, por tanto, en la mera interpretación de las leyes o en un comentario o glosa de la jurisprudencia. De lo que se trata, por tanto, es de descifrar los rasgos y claves del sector en cuestión (i), de identificar las tendencias (ii), e indagar si las piezas que lo integran son susceptibles de generalización (iii). Esta tarea intelectual

[75] Muy acertado al respecto es el trabajo de THOMAS GROSS, «Beziehungen zwischen Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht», en *Die Verwaltung*, Cuaderno núm. 2, 1999, pp. 57 (70 y ss.).

se mueve en el plano de la *intuición* y de la capacidad de *asociación*. Es un trabajo que no desborda, por lo demás, el marco normativo, en el que se mueve con comodidad el jurista.

IV. OBSERVACIONES FINALES

Este triple enfoque o perspectiva —ciencia de la dirección; constitucionalización; sectores de referencia— proporciona la *visión panorámica* y la *distancia* científica adecuada para la tarea que ha de emprenderse. En efecto, estos tres postulados resultan imprescindibles, primero, para poner debidamente en su contexto la ingente cantidad de materiales de carácter jurídico-administrativo; y, segundo y no menos importante, para equilibrar la posición dominante que ocupa el Derecho Administrativo tradicional, caracterizado por su marcada insuficiencia para aprehender los nuevos fenómenos. Ha de superarse la explicación unidimensional del modelo vigente y estimular el pensamiento creativo.

Es obvio, sin embargo, que en este contexto el debate sobre la reforma no constituye un debate teórico que flota libremente «en las nubes». La ciencia del Derecho Administrativo constituye una ciencia orientada a la *práctica*, a la *acción*, que se preocupa por las actividades reales que despliega el Estado; que aspira a *dirigir* a lo distintos actores intervinientes; que busca *evidenciar* y *facilitar* a todos los sujetos la aspiración a la efectividad y a la eficacia —a la consecución de los resultados que se propone— que es inherente al Derecho. No persigue, como ya notábamos, postular continuos «cambios de paradigma». Las reflexiones teóricas han de tener siempre y en todo caso su traducción y reflejo en el Derecho Administrativo vivo, en el Derecho que se aplica. Ello exige, desde luego, que el debate científico sobre la reforma del Derecho Administrativo se mantenga dentro de las coordenadas de lo normativo, que no escape del mundo del Derecho. A tal fin, el estudio ha de estar atado en primer término a los datos que nos vienen dados de la Constitución y del Derecho Administrativo especial.

Otro presupuesto metodológico de notable importancia para el futuro es el *Derecho comparado*. A su través se obtiene un material normativo muy elaborado. El análisis comparado ha tenido escaso eco en la dogmática tradicional del Derecho Administrativo alemán durante la vigencia de la Ley Fundamental, como se desprende no ya sólo de la jurisprudencia, sino también de la misma literatura jurídica (comentarios, en particular). La doctrina ha estado excesivamente ensimismada en la propia Constitución; se ha concentrado en la vertiente interna del Estado y ha estado menos atenta al exterior. Sin embargo, la perspectiva metodológica más moderna ha subrayado con razón que el análisis comparado encierra todo un tesoro de experiencias acumuladas⁷⁶. Hay muchas razones para pensar que se avecinan transformaciones trascendentes en el «contexto europeo» y que la dimensión comparada va a adquirir una importancia inusitada⁷⁷. Sirva de ejemplo el tratamiento de los temas desde un punto de vista comparado que, por lo que hace a Alemania, lleva a cabo cada vez con mayor intensidad la «Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público».

En síntesis, y a modo de recapitulación, puede decirse que los postulados científicos en los que se mueve el debate sobre la reforma combinan deducción e inducción. Como ha afirmado A. Voßkuhle, «(e)ste proceso dialéctico de deducción e inducción plantea grandes exigencias al investigador. Presupone el deseo de trabajar ampliamente en cada uno de los sectores, y exige además la capacidad para la reflexión abstracta y la disposición para un aprendizaje recíproco, de unos y otros»⁷⁸.

[76] MÖLLERS, en *GVwR*, vol. 1 (nota 3), § 3, núm. marg. 40. Importante es ahora la obra comparatista de ARMIN VON BOGDANDY, SABINO CASSESE y PETER M. HUBER (Eds.), *Handbuch Ius Aeropaeum*, C.F. Müller, Heidelberg, vol. III: *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, 2010; vol. IV: *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, 2011.

[77] Algunas reflexiones sobre la idea del contexto de desarrollo europeo en E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee* (nota 15), cap. 1, núm. marg. 64 y ss.

[78] A. VOSSKUHLE, en *GVwR*, vol. 1 (nota 1), § 1, núm. marg. 44.

TERCERA PARTE
CAMBIOS DE PERSPECTIVA EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO: LA
«NUEVA CIENCIA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO»

Los estudios sobre la reforma y modernización del Derecho Administrativo habrán de llevar a cabo un profundo análisis de cada uno de los elementos y categorías que integran la Parte General, a fin de determinar en qué medida éstos responden a las necesidades actuales y sirven para hacer efectivas las nuevas funciones que a la Administración le han sido encomendadas. Ese análisis no ha de desembocar, obvio es decirlo, en un rechazo del modelo tradicional. Piénsese, por ejemplo, que el acto administrativo —una institución central del modelo clásico— posee hoy como ayer una relevancia extraordinaria, también en el seno de la nueva sistematización del Derecho Administrativo. Otra cosa es que deba contrastarse si está o no urgido a ciertas adaptaciones o innovaciones. El resultado de ese examen queda imprejuizado, está abierto. Lo que sí es cierto es que el *método* que ha de seguirse (al que se hace referencia en la parte quinta del presente capítulo), como la *perspectiva* desde la que se aborda la *sistematización* del Derecho Administrativo —tema del que nos ocupamos seguidamente—, han adquirido una relevancia y amplitud muy superior a la que ostentaban en el Derecho Administrativo tradicional⁷⁹.

En consecuencia, la necesidad de la reforma se deja sentir en muchos casos, tanto en aspectos puntuales y menores, cuanto en las cuestiones de principio y con efecto multiplicador. Sea como fuere, lo cierto es que la innovación y la reforma no afecta tan sólo a las categorías o institutos *aisladamente* considerados, sino también y sobre todo a su *recíproca interacción* —dejando ahora al margen las cuestiones metodológi-

[79] En ese sentido, véanse las aportaciones de la obra colectiva HANS-HEINRICH TRUTE, THOMAS GROSS, HANS CHRISTIAN RÖHL y CHRISTOPH MÖLLERS (Eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht —Zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008; WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Offene Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

cas—. Si pretendemos que el Derecho Administrativo sea una disciplina dotada de coherencia y sistemática, la nueva ordenación y relación entre las distintas categorías o piezas con sus respectivas modificaciones se convierte en la clave del sistema.

Por ejemplo: ¿qué papel le cabe cumplir al procedimiento administrativo, si la Administración secunda y ejecuta leyes provistas de un alto grado de detalle y con una clara previsión de la respuesta material que en cada caso deba darse? Es decir, ¿cuál es la relación entre una programación legal de carácter material y el procedimiento? O bien, ¿qué funciones han de asumir los jueces y tribunales contencioso-administrativos, si se conviene en fortalecer el control financiero dentro del conjunto de mecanismos de control y fiscalización?

Lo normal, como puede suponerse, es que los ajustes de cada una de esas piezas no tengan consecuencias por sí mismos sobre los dogmas y principios de base. Otra cosa sucede, sin embargo, con las nuevas *relaciones* que se establecen entre las distintas instituciones modificadas. Se genera una nueva constelación. Y aquí los cambios son más profundos. En ese sentido, se puede hablar de un «cambio de perspectiva», en el marco de la sistematización del Derecho Administrativo. Esos nuevos ángulos de observación generan efectos inmediatos y directos sobre determinados puntos neurálgicos de la disciplina, como son, por ejemplo, la interpretación sistemática de las leyes administrativas o la problemática de la selección de una opción entre varias posibles por parte de la Administración.

Para ilustrar con claridad tales cambios en lo que hace al *método* y la *perspectiva*, W. Hoffmann-Riem, A. Voßkuhle y yo mismo hablamos, en la obra colectiva *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, que hemos editado conjuntamente, de la «nueva ciencia del Derecho Administrativo». Con esta expresión y concepto no se quiere decir que todo lo por él cubierto sea nuevo en el sentido de no haber sido ya considerado y tratado. Obvio resulta decir que también en la «nueva ciencia del Derecho Administrativo» siguen jugando un importante papel el sometimiento de la Administración a la Ley, las formas de la actuación administrativa y el control judicial de la Administración. Pero la expresión pretende indicar que la reforma, lejos de agotarse en un mero desarrollo de la dogmática establecida, pretende una reconsideración de la ciencia y una

nueva visión de la actuación de la Administración. En su contribución introductoria, A. Voßkuhle menciona siete notas caracterizadoras de la nueva ciencia del Derecho Administrativo⁸⁰: el enfoque de la teoría de la dirección; la significación de los análisis de los ámbitos o sectores de la realidad; la orientación hacia los efectos y las consecuencias; la interdisciplinariedad; el trabajo en conceptos-clave (o conceptos-puente); la orientación por ámbitos o sectores de referencia; y una perspectiva sistémica «ampliada»*.

Seguidamente, y a efectos ilustrativos, conviene abundar en tres de esos cambios de perspectiva, expresados en términos muy telegráficos:

- «De la perspectiva del control judicial, a la perspectiva de la actuación administrativa» (I),
- «De la dogmática de la ejecución, a la Administración dirigida por la Ley» (II),
- «Del Derecho Administrativo prestacional, al Derecho Administrativo de garantía» (III).

Con esa formulación, no se quiere expresar connotación negativa alguna, en el sentido de que los postulados tradicionales habrían de ser falsos o habrían sido superados ya por la realidad. Sencillamente, quiere ponerse de relieve que algunos de esos rasgos característicos del Derecho Administrativo se han convertido en el eje del modelo tradicional y han adquirido una función explicativa en exceso monocausal, que deja fuera de nuestra consideración otras caras del problema. En la nueva ciencia del Derecho Administrativo, resulta evidente que el control judicial, la dogmática de la ejecución y la Administración prestadora han de ocupar un papel destacado. Pero no constituyen ya el «canon de la normalidad», esto es, no sintetizan el estado de la cuestión, ni expresan, en consecuencia, la «situación dogmática normal» o única.

[80] VOSSKUHLE, en *GVWR*, vol. 1 (nota 1), § 1, núm. marg. 16 y ss.

* Sobre el método y la teoría de la dirección, véase el capítulo segundo de la presente obra colectiva.

I. «DE LA PERSPECTIVA DEL CONTROL JUDICIAL A LA PERSPECTIVA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA»

Sabido es que el Derecho Administrativo clásico tiene su eje en el control de la Administración, sobre todo en el control que realizan los jueces y tribunales. Con todo, como ya notábamos, el legislador y la Administración de nuestro tiempo pueden hacer notables aportaciones en lo que hace a la innovación y mejora del Derecho Administrativo. Y, en ese sentido, conviene observar que aun cuando el control judicial constituya un elemento indisponible de una indudable relevancia⁸¹, no representa, sin embargo, el único control de la Administración pública, ni la idea de control es la única perspectiva con relevancia para el Derecho Administrativo. Al Derecho Administrativo le interesan asimismo otras dimensiones y enfoques. Lo mismo puede decirse del Derecho Administrativo europeo, cuya estructura y consistencia no se agota en la jurisprudencia, ni pivota exclusivamente sobre la idea del control judicial. No se podría comprender el Derecho Administrativo de la sola mano de la jurisprudencia comunitaria. Antes bien, ha de acudir a los diarios oficiales y a los documentos de la Comisión para conocer qué es lo que sucede dentro del Derecho Administrativo en el plano europeo.

1. DE LA CENTRALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL, A UNA TEORÍA INTEGRAL DEL CONTROL

La perspectiva tradicional del Derecho Administrativo no resulta convincente, en la medida en que se polariza excesivamente en torno a la justiciabilidad de la acción administrativa y deja fuera de su consideración todo un conjunto de mecanismos de control de indudable trascendencia. Esa centralidad de la justicia administrativa deviene igualmente problemática porque traslada a la entera dogmática del Derecho Administrativo la estrecha perspectiva del proceso judicial. Nótese que

[81] Al respecto, con mayor detalle, FRIEDRICH SCHOCH, «Gerichtliche Verwaltungskontrollen», en *GVWR*, vol. 3 (nota 1), § 50.

el proceso prototípico tiene por objeto la tutela individual, en el que el justiciable pretende la protección de sus derechos e intereses frente a una concreta medida de la Administración⁸². El contexto en el que se incardina esa acción controvertida está condicionado por las decisiones anteriores y no siempre resulta fácil aislar la resolución cuestionada de las demás decisiones que corren paralelas.

Ese marco, dentro del cual la decisión discutida no es sino *un* elemento más, aparece relegado a un segundo plano⁸³. Ello conduce a una cierta asimetría estructural: el proceso fragmenta necesariamente la realidad; contempla desde una visión más estrecha la completa constelación de intereses y el contexto más amplio en el que se sitúan. Antes de que se adopte una concreta resolución y de que ésta pueda ser fiscalizada por los jueces y tribunales, es posible que haya ya muchas cosas decididas. Puede darse que el ulterior y en ocasiones tardío control jurisdiccional se concentre en el concreto interés que invoca el recurrente y que ello desemboque en una reacción sobredimensionada, en el sentido de que la resolución judicial podría fácilmente desconocer el conjunto de intereses en juego. Algunos aspectos podrán estar suficientemente detallados; otros, en cambio, no. *El conjunto no es objeto de control*. De este modo, lo que puede ser adecuado en términos de funcionalidad para la tutela individual, puede resultar insuficiente o perjudicial desde la perspectiva del conjunto de los controles, esto es, desde la óptica de la función de control en sí misma considerada.

El margen de autonomía y de apreciación que posee la Administración pública ha de ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control. «Responsabilidades de la Administración» y «control» constituyen las dos caras de una misma moneda, son «elementos fundamentales del orden constitucional democrático»⁸⁴. El control, como la división de poderes, tiene por objeto la limitación del poder y la garantía de su racionalidad. «Lo que pretende el control es la consecución de un más alto grado de corrección material de la decisión en sí, introduciendo elementos de racio-

[82] De notable interés la obra de ANDREAS VOSSKUHL, *Rechtsschutz gegen den Richter*, Beck, München, 1993, p. 128, sobre el proceso judicial en general.

[83] Sobre este tema, *vid.* los criterios empleados en E. SCHMIDT-ASSMANN, «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL*, núm. 34 (1976), p. 221 (237 y ss.).

[84] ULRICH SCHEUNER, «Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung», en *FS für G. Müller*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1970, p. 379 (384).

nalización en el seno del proceso de toma de decisiones»⁸⁵. A tal fin se establece un determinado modo de comunicación: proceso y resultado han de ser analizados de nuevo a una *distancia* suficiente. Se trata, en otras palabras, de pensar en clave alternativa y, eventualmente, de proponer soluciones contrarias⁸⁶. En términos dogmáticos, el control constituye el *contrafuerte* o el contrapeso de las amplias competencias y potestades de acción con las que cuenta el Ejecutivo*.

Las Constituciones, como la alemana o la española, en realidad presumen la existencia de todo un conjunto de controles —de carácter parlamentario, judicial, administrativo, etc.—, que operan como un todo, en constante interacción⁸⁷, sin apostar por un sistema único. En el núcleo de ese sistema se sitúan los jueces y tribunales, a los que les corresponde ejercer el control de mayor densidad en términos jurídicos. Ahora bien, de la misma manera que la acción administrativa no se agota en el mecanismo de la subsunción legal, es decir, en identificar el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica anudada que haya programado o dispuesto para cada caso la ley, sino que ha de obser-

[85] WALTER KREBS, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, C. F. Müller, Heidelberg, 1984, p. 50.

[86] WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, «Verwaltungskontrolle — Perspektiven», en E. Schmidt-Aßmann y Hoffmann-Riem (Eds.), *Verwaltungskontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 325 (343); E. SCHMIDT-ASSMANN, en pp. 9 (10 y ss.).

* Si, de acuerdo con la doctrina que se ocupa de la reforma del Derecho Administrativo, la Administración no se limita en modo alguno, antes al contrario, a aplicar mecánicamente la ley y el Derecho, sino que posee en tantos casos en realidad un papel creativo muy superior, no será suficiente entonces el control judicial. El juez, que lo es de la legalidad, controla la operación lógico-formal de deducción que la Administración ha hecho derivar de la ley. Ahora bien, si se admite que la Administración hace otras muchas cosas que no son reconducibles a esa operación, es lógico pensar que el control judicial poco pueda hacer en esos otros escenarios y que hayan de fortalecerse otros mecanismos de control.

Sobre esta temática, véase *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit., capítulo cuarto, en particular, pero no sólo, pp. 225 y ss. En lengua alemana, por todos, núm. 8 de la serie de reforma E. Schmidt-Aßmann y W. Hoffmann-Riem (Eds.), *Verwaltungskontrolle*, Nomosverlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001.

[87] Una exposición sistemática al respecto en KREBS, *Kontrolle* (nota 85), pp. 38 y ss. y 220 y ss.; HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, «Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung», en *Verwaltungskontrolle* (nota 86), pp. 291 y ss.; WOLFGANG KAHL, «Begriff, Funktion und Konzepte von Kontrolle», en *GVwR*, vol. 3 (nota 1), § 47.

var otros parámetros o cánones que determinan la corrección de la actividad administrativa, el sistema de controles habrá de incorporar en paralelo, por consiguiente, otros mecanismos de control capaces de medir y sopesar esos otros criterios o parámetros de la acción administrativa. La teoría de los controles ha de ser concebida, pues, con mayor amplitud, para insertar en su seno el análisis económico y de eficiencia de la acción administrativa; el control financiero y presupuestario; el control del público —del conjunto de los ciudadanos— mediante la participación; el control de la Comisión europea sobre las Administraciones nacionales; etc. Estos mecanismos no son irrelevantes, han de formar parte del Derecho Administrativo⁸⁸. Lo trascendente es, en suma, que en términos globales se alcance un *nivel de control suficiente* del conjunto (Hill), y no tanto que un solo control, aisladamente considerado y por sí mismo, alcance el nivel máximo de control.

Si dejamos ahora al margen el control jurisdiccional, podemos descubrir toda una multiforme variedad de controles administrativos. El problema no radica en su número, sino en su clasificación o sistematización. Naturalmente, no hay dificultad para ordenar y describir estos controles en función de criterios externos, por ejemplo. La cuestión consiste, sin embargo, en que ni la doctrina del Derecho Administrativo, ni, menos aún, la de las Ciencias de la Administración han prestado especial atención a esta temática⁸⁹, hasta el punto de que no es frecuente encontrar referencias a las distintas clases de control. La descripción ha de ser gráfica y debe huir de un concepto estricto de control, que se identifique con el control jurídico (o judicial). Por otra parte, el ejercicio del control no ha de producirse necesariamente a través de órganos y procedimientos propios y específicos, sino que, según las circunstancias, puede ser suficiente con instalar un concreto control en un segmento determinado de un procedimiento administrativo. Es habitual que los controles se sitúen en el marco de las relaciones de superioridad y de subordinación que guardan algunos órganos e ins-

[88] GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 892 y ss.

[89] Más detalles sobre este tema en BERND BECKER, *Öffentliche Verwaltung*, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 624 y ss., 870 y ss.

tituciones entre sí (como las inspecciones de servicio, por ejemplo)⁹⁰, pero también existen, y se darán con mayor frecuencia en el futuro, controles que se insertan en el ámbito de las relaciones de colaboración y cooperación público-privado. «Control y cooperación no son conceptos necesariamente opuestos»⁹¹. Lo decisivo es, a estos efectos, que se asegure personal, organizativa o procedimentalmente la específica *distancia* (independencia) que requiere el ejercicio del control.

2. LA PERSPECTIVA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA COMO COMPLEMENTO DE LA PERSPECTIVA DEL CONTROL

Para conseguir ese cambio de perspectiva y centro de gravedad no basta con complementar el control jurisdiccional con una teoría un poco más amplia de los controles. Se trata, más bien, de conceptualizar el Derecho Administrativo como *un Derecho que se ocupa preferentemente de la acción administrativa*. Si admitimos que el Derecho Administrativo tiene una doble misión que cumplir⁹² —la de disciplinar o racionalizar la acción administrativa, de un lado y, de otro, la de garantizar la efectividad de esa acción— hemos de convenir entonces en la necesidad de estudiar la actividad de la Administración en sí misma, en su dimensión y hechura jurídica. Wolfgang Hoffmann-Riem ha explicado el necesario cambio de perspectiva con el siguiente esquema, que no es sino una síntesis de los resultados del debate sobre la reforma del Derecho Administrativo⁹³:

— De la perspectiva del control judicial, a la perspectiva de la *acción*. Ha de abandonarse la idea de que el Derecho no es otra cosa que una técnica de control

[90] Sobre ello, STEPHANIE SCHIEDERMAIR, «Selbstkontrollen der Verwaltung», en *GVwR*, vol. 3 (nota 1), § 48.

[91] HOFFMANN-RIEM, «Verwaltungskontrolle — Perspektiven», en *Verwaltungskontrolle* (nota 86), p. 325 (366); en detalle WOLFGANG KAHL, *Die Staatsaufsicht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, especialmente pp. 472 y ss.

[92] E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee* (nota 15), cap. 1, núm. marg. 30 ss.; VON DER PFORDTEN (nota 32), en *JZ*, 2005, p. 1077.

[93] WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, «Die Eigenständigkeit der Verwaltung», en *GVwR*, vol. 1 (nota 3), § 10, núm. marg. 15.

judicial, para reforzar la vertiente de la acción administrativa (las normas jurídicas se observan aquí desde la perspectiva, no del juez, sino de la Administración, como reguladoras de su actuación).

– Del énfasis en la vinculatoriedad del Derecho entendido como un sistema que tiene por objeto establecer e imponer límites y prohibiciones, a la incorporación de *nuevos cánones* o parámetros jurídicamente reconocidos y a los que deba sujetarse la acción administrativa. Parámetros que permitan que la Administración se someta a nuevos impulsos y referentes de carácter *prescriptivo*.

– De una comprensión de la ciencia del Derecho cuyo objeto fundamental consiste en la interpretación de textos jurídicos, a una ciencia que ofrezca *soluciones* y criterios para la adopción de decisiones y la elección de las acciones a realizar.

– Del acento en el acto jurídico final a la perspectiva del procedimiento *como foro de búsqueda* de la mejor solución; a la óptica de una Administración más preocupada por hallar una respuesta eficaz y con mayor capacidad resolutoria ante los problemas.

– Del entendimiento de la ley como límite de la acción administrativa, a una más amplia concepción de la ley como instrumento y garante de una mayor calidad normativa.

– De una perspectiva de la Administración en clave descriptiva, al énfasis en la *producción* o gestación.

– De un concepto de legitimación democrática centrado en la legalidad, a la consideración de una *pluralidad* de estructuras normativas de legitimación.

– De la realización de funciones y competencias desde estructuras jerárquicas, a otras formas de organización y funcionamiento *descentralizados* y más o menos autónomo y al establecimiento de mecanismos de autorregulación regulada.

– Del acento en el Derecho nacional, a la *apertura hacia el exterior*, a la integración europea, en nuestro caso, y al proceso de globalización.

La fórmula «del — a» así empleada en los párrafos anteriores no quiere decir que los puntos de partida actuales no vayan a tener significación alguna en el futuro. De lo que se trata es, simplemente, de apuntar una ampliación de las perspectivas. En suma, pues, ahora más que nunca es necesario que el Derecho Administrativo se construya en

torno a los parámetros o cánones de la acción administrativa. Ha sido superada por la realidad la «simetría», tantas veces postulada, entre los parámetros de la acción administrativa y los parámetros de control (judicial), puesto que ese pretendido paralelismo ignora las diferentes posiciones en las que se sitúa la Administración cuando actúa y el juez cuando controla, esto es, no tiene en cuenta la diversidad de escenarios en punto a la toma de decisiones. Una «teoría de los parámetros» ha de centrarse, por tanto, en esa vertiente de la «acción administrativa»⁹⁴.

Estos parámetros poseen diferente naturaleza o sustancia jurídica, según los casos. Algunos están reconocidos como parámetros estrictamente jurídicos en todo su sentido (por ejemplo, la interdicción de la arbitrariedad, la seguridad jurídica o el principio de proporcionalidad). Otros, en cambio, incorporan, junto a esa dimensión jurídica, otros ingredientes o dimensiones, como sucede por ejemplo con el principio de la eficiencia de la acción administrativa o de la austeridad. No faltan tampoco, en fin, otros criterios que, aunque difícilmente conceptualizables como cánones jurídicos, adquieren, sin embargo, relevancia para la acción administrativa, tales como los principios de transparencia; de consenso o aceptación de los destinatarios de la medida; o el criterio de la capacidad de innovación. Es claro que la teoría general del Derecho Administrativo no puede construir y desarrollar todos estos parámetros, ya que su comprensión y análisis excede en mucho de su ámbito y requiere, por ejemplo, conocimientos de la economía de la Administración y de sociología de las organizaciones. Lo que, en cambio, sí le corresponde al Derecho Administrativo es crear procedimientos que faciliten la implantación de esos parámetros, la interacción y complementariedad entre todos ellos; y la adquisición de experiencias, en un proceso de constante aprendizaje.⁹⁵

[94] Sobre el tema, E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee* (nota 15), cap. 6, núm. marg. 57 y ss.

[95] Para mayor abundamiento, RAINER PITSCHAS, «Maßstäbe im Verwaltungsrecht», en *GVwR*, vol. 2, § 33.

3. LA BÚSQUEDA DE «ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN»

Si la misión del Derecho Administrativo consiste en *dirigir* la *actuación* de la Administración, la acción administrativa, es evidente que éste tendrá que ocuparse en detalle de las diversas formas de esa acción. Así, por ejemplo, en Alemania, se habla tradicionalmente de la Administración *interventora*^{*}, *prestacional*, *de dirección*, y *planificadora*. Más recientemente se ha comenzado a utilizar el concepto de «regulación», en un sentido muy amplio, tal como es usual en la ciencia política y de la Administración. «Regulación» significa aquí toda forma de ejercicio de la influencia estatal sobre el ámbito social, lo que tiene un cierto parentesco con el concepto de «dirección»⁹⁶. Martin Eifert ha destacado tres estrategias de regulación, que son importantes para el Derecho Administrativo⁹⁷:

– *Regulación pública*, como manifestación de autoridad, y que puede expresarse tanto en forma de intervención o injerencia, como también de prestación. Lo relevante aquí es que la Administración establece por sí misma las directrices necesarias para la dirección.

– La *autorregulación regulada* (esto es, una autorregulación social regulada en forma imperativa o con ejercicio de autoridad). Representa una síntesis o combinación de la racionalidad propia de la acción pública y de lógica de la acción privada.

– La *autorregulación social*. Aun cuando se trate de una cuestión que pertenece esencialmente al Derecho Privado, sin embargo, al Estado incumbe una función fundamental, cual es la de proveer o facilitar las condiciones necesarias, o, si se quiere, la de «puesta a disposición» (Schuppert). La formación del orden social se

* O de actividad administrativa de policía.

[96] Tal concepto debe diferenciarse del de regulación en sentido estricto, que designa, en especial, la dirección estatal en los sectores de las telecomunicaciones, ferrocarriles, electricidad, gas y agua (los denominados «sectores económicos en red»); sobre ello, véase apartado III.

[97] MARTIN EIFERT, «Regulierungsstrategien», en *GVwR*, vol. 1 (nota 1), § 19, en conexión con WOLFGANG HOFFMANN-RIEM y EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN (Eds.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos, Baden-Baden, 1996, p. 361 (300 y ss.), impreso también en HOFFMANN-RIEM, *Offene Rechtswissenschaft* (nota 79), pp. 871 (903 y ss.).

produce en el marco y en el contexto de instituciones jurídicas del Derecho Privado —organizaciones y contratos—, como sucede por ejemplo con las asociaciones o las sociedades mercantiles.

El análisis de las estrategias regulatorias contribuye a entender mejor que las reglas proyectadas constituyen instrumentos, que interactúan entre sí, y que, desde luego, pueden ser optimizados en sus posibles combinaciones. Estas operaciones constituyen, por de pronto, tareas propias del legislador y del asesoramiento técnico que a éste quepa ofrecerle. Ello no obstante, y en la medida en que se le atribuya a la Administración una potestad discrecional en este ámbito, también al Derecho Administrativo le incumbe la elección entre distintas opciones, la selección de instrumentos (*regulatory choice*)⁹⁸. Por otra parte, el análisis de las diversas estrategias regulatorias permite ver con mayor agudeza y claridad la relevancia de los derechos fundamentales: los actores privados continúan siendo titulares de derechos fundamentales cuando se mueven en el marco de la autorregulación regulada. No se puede obviar la básica distinción entre la obligación estatal de observancia de la competencia, de un lado, y la habilitación que al sujeto privado otorga el derecho fundamental, de otro. Las oportunidades y los peligros del denominado «Estado cooperativo» tienen de este modo su reflejo en el Derecho Administrativo.

II. «DE LA DOGMÁTICA DE LA EJECUCIÓN, A LA ADMINISTRACIÓN DIRIGIDA POR LA LEY»*

Las líneas de tendencia apuntadas en el epígrafe anterior podrían también sintetizarse con el título de «Administración dirigida por la ley». Con esa expresión, en realidad quiere aludirse al tradicional con-

[98] Al respecto EIFERT, en *GVWR*, vol. 1, § 19, núm. marg. 153 y ss.

* Podría decirse también, de modo aún más claro en español: «De la dogmática tradicional concentrada en la idea de la simple y mera ejecución (de lo que la ley ha dispuesto), a una dogmática más compleja que incluya y considere en un sentido más amplio e integrador otras formas de dirección de la Administración a través de la ley parlamentaria (cuando ésta no dispone en concreto qué hacer en cada supuesto de hecho)».

cepto de «legalidad», que incluye no sólo la vinculación de la Administración a la ley parlamentaria, sino también a las normas europeas e internacionales y al Derecho establecido por el propio Ejecutivo.

1. PLANTEAMIENTO CLÁSICO: LA LEGALIDAD DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA ENTENDIDA COMO APLICACIÓN DE LA LEY

En términos un tanto simplificados, podríamos decir que los elementos característicos de la comprensión tradicional del principio de legalidad —o de conformidad de la acción de la Administración a la ley— se dejan describir del siguiente modo:

– La vinculación de la Administración a la ley se articula mediante la *tipificación normativa*.

– El tipo que la norma establece se forma por la suma de *conceptos legales*, a su vez subdivididos en presupuestos de hechos y consecuencia jurídica, elementos ambos conectados de ordinario con expresiones que sirven para determinar los efectos («debe», «puede»).

– La aplicación del tipo normativo se lleva a cabo a través del clásico método escalonado, en tres fases: interpretación, identificación del supuesto de hecho y subsunción.

En resumen, este sencillo modelo explicativo sobre la ejecución de la Ley nunca ha comprendido por entero la realidad del fenómeno de la aplicación de la ley, pero ha resultado siempre fácil atractivo y convincente por su simplicidad. Pese a su debilidad y sus déficits puede representar un adecuado punto de partida en situaciones sencillas. Y, por lo demás, cumple una función «educativa» porque obliga a los funcionarios a preocuparse por el contenido de las normas vinculantes, impidiendo que den rienda suelta a sus propias interpretaciones.

2. ENFOQUE OBLIGADO: LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO COMPLEJO PARA ESTRUCTURAR Y EXPLICAR LA APLICACIÓN DE LA LEY POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

Como se ha notado, el modelo tradicional resulta insuficiente para explicar y aprehender otros muchos supuestos que no encajan en ese molde. Un Derecho Administrativo moderno ha de partir, en efecto, de un modelo de aplicación del Derecho más evolucionado y matizado. Piénsese, por ejemplo, que las leyes establecen también otras formas de dirigir a la Administración:

- conceptos legales abiertos y presupuestos de hecho abiertos⁹⁹;
- cláusulas y mandatos de ponderación de los bienes y valores en presencia, característicos del planeamiento territorial¹⁰⁰;
- el establecimiento de los fines y objetivos, garantías de resultado, etc., como sucede en la regulación de la competencia o en la autorregulación regulada (sectores regulados)¹⁰¹;
- habilitaciones legales por las que se le atribuyen a la Administración márgenes de apreciación y de valoración, como en el Derecho ambiental y de la seguridad técnica¹⁰².

[99] Ejemplo en el § 14.1 de la Ley federal de policía: «La policía federal puede, para cumplir sus tareas según §§ 1 a 7, adoptar las medidas necesarias para evitar un peligro, en la medida en que esta Ley no establezca una regulación espacial de las facultades de la policía». El apartado 2 determina: «por peligro en el sentido de esta sección se entiende un peligro para la seguridad o el orden existente en el caso concreto en el ámbito de las tareas que corresponden a la policía federal según los §§ 1 a 7».

[100] Por ejemplo, el § 1.7 del código de la construcción: «En la elaboración de los planes directores de la construcción deben ponderarse adecuadamente los intereses públicos y privados entre sí y los de una clase respecto de los de la otra».

[101] Por ejemplo, el § 1.2 de la Ley del sector eléctrico: «La regulación de las redes eléctricas y de gas conforme a los objetivos de la garantía de un suministro de electricidad y gas en competencia no falseada y efectiva y la garantía de la explotación eficaz a largo plazo y confiable de las redes de suministro de energía».

[102] Un ejemplo en el concepto de la «necesaria previsión» en el Derecho de protección frente a las inmisiones.

Puede afirmarse que la Constitución postula e impulsa un sistema más complejo, esto es, distintas formas de someter a la Administración a la ley y al Derecho. En realidad, con base en la Constitución puede distinguirse toda una graduación o escala de las distintas formas de aplicación del Derecho a manos de la Administración, que corra paralela a las diferentes formas de legislar. La teoría de la aplicación o implementación administrativas del Derecho ha de integrar un conjunto de supuestos mucho más matizados para poder dar respuesta adecuada a los distintos escenarios y situaciones en los que la Administración deba resolver en virtud de las diversas formas de dirigir que la ley presenta.

El modelo tradicional, como se ha notado, no agota la realidad. Y aun cuando el mecanismo de la simple subsunción del caso en el presupuesto de hecho que la norma contempla haya de seguir ocupando un lugar fundamental, como no puede ser de otra manera, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que no se basta a sí mismo, puesto que la realidad demuestra que son muchos los casos y los sectores especiales en los que no se legisla de ese modo y en los que, en consecuencia, no hay espacio para esa operación lógico-formal, como se pone de relieve en tantos ejemplos que provienen de la Parte Especial del Derecho Administrativo y de la misma práctica¹⁰³. La Administración contemporánea, por otra parte, no es ya sólo una Administración que sólo dicta órdenes y establece prohibiciones*. Por ello, a título de ejemplo, habrá que examinar en cada caso si las normas que están destinadas a ser aplicadas mediante un sistema de ejecución unilateral y coercitivo resultan de utilidad en el ámbito contractual. De otra parte, la teoría de la aplicación del Derecho por parte de la Administración —la teoría de la aplicación del Derecho Administrativo— consiste como siempre en una *reconstrucción jurídica* acerca de la relación o del contacto que la Administración mantiene con la ley y el Derecho. No se trata con esta

[103] También en este sentido: HANS-HEINRICH TRUTE, «Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen», en E. Schmidt-Aßmann y Hoffmann-Riem (Eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 293 (303).

* No es sólo la Administración del «orden y mando», del *command and control*.

reconstrucción de describir o calcar la realidad fáctica sin más, sino de satisfacer y cumplir unas funciones normativas propias.

a) LA MISIÓN ANTE EL TEXTO DE LA NORMA

La labor que ha de realizar la Administración ante un texto legal es la misma, *cualquiera que sea la potestad —discrecional o reglada—* que tenga atribuida. Ha de tenerse en cuenta en ese sentido que la discrecionalidad se asienta *sobre una base normativa y dentro del marco que la norma* haya establecido.

Esa tarea comprende tres actividades: primero, la interpretación de la ley, de acuerdo con lo que dispone la *teoría del método*; segundo, la identificación de los hechos, del sustrato fáctico, conforme a los criterios que se deriven de los *medios de prueba* que, en cada caso, procedan; y, tercero, la subsunción (teniendo en cuenta aquí, en su caso, que la ley puede disponer la obligación de ponderar los bienes y valores en presencia)*. A este propósito, han de considerarse señaladamente las siguientes pautas¹⁰⁴:

– De un lado, resulta necesario identificar el entero *programa de reglas obligatorias* que quepa extraer del conjunto del sistema normativo, esto es, de los distintos estratos o sedimentos que integran las normas generales y especiales, que resulten de aplicación al caso. Se trata de componer la entera tipificación legal.

– De otro, conviene determinar cuáles son las distintas *modalidades de dirección* que la legislación aplicable ha diseñado: dirección mediante programas, mediante procedimientos, o a través del contexto de que se trate. La interpretación sistemática suele ser de ayuda en esta tarea, aunque no siempre deviene útil.

– Por último, habrán de sistematizarse de forma comprensiva las diferentes *estructuras normativas*, de cara a determinar la existencia de supuestos de discre-

* Lo que cambia las cosas, pues ya no es entonces una mera operación de subsunción.

[104] Véase E. SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Gesetzesbindung der handelnden Verwaltung», en *FS für Brohm*, Beck, München, 2002, pp. 547 (549 y ss.).

cionalidad abiertos o implícitos, así como su fundamento o razón de ser; los fines u objetivos a los que obedecen; así como sus respectivos límites.

La aplicación de la ley o, si se prefiere, la *tarea a realizar ante el texto normativo* no resulta nada fácil, pues no consiste en una mera reproducción mimética de lo que la ley haya dispuesto, ni en una mecánica ejecución de las decisiones previas que haya adoptado el legislador. Y ello porque el legislador puede confiarle al aplicador del Derecho la responsabilidad de que lleve a cabo una compleja y difícil ponderación de los intereses, bienes y valores en presencia para el caso concreto; o transferirle «momentos decisorios» de suma relevancia. Con todo, y pese a esa compleja fase decisoria, nada mecanicista, se trata siempre de un trabajo ordenado que ha de responder a las exigencias del método jurídico.

En este contexto, por tanto, no cabe excluir que el legislador pueda hacer uso de conceptos o criterios como, por ejemplo, la eficiencia económica, que la Administración ha de gestionar¹⁰⁵. Ni el nuevo modelo de dirección, ni la dogmática de la aplicación de la ley impiden o resultan incompatibles con la introducción de parámetros, como el de la eficiencia, habida cuenta de que su asunción en la norma significa que ha pasado a formar parte del Derecho. Los objetivos que deban de alcanzarse en el ámbito prestacional, por ejemplo, pueden recogerse en la ley mediante la remisión a las exigencias del interés general.

b) SOBRE LAS DIRECTRICES O CRITERIOS PARA EL EJERCICIO DE POTESTADES DISCRECIONALES

La discrecionalidad, el «ejercicio de las potestades discrecionales», representa también una modalidad de desarrollo e implementación del

[105] Un ejemplo lo proporcionan los §§ 30 y ss. de la Ley de las telecomunicaciones, que apoderan a los órganos de regulación para la autorización de los precios de los servicios de telecomunicaciones y, con tal motivo, establecen también regulaciones sobre la estimación permitida de determinados costes de explotación.

Derecho¹⁰⁶, aunque se trate, en efecto, de una variante específica de aplicar la ley y el Derecho*. La discrecionalidad administrativa constituye, pues, la expresión cifrada de una forma propia y autónoma de llevar a cabo una ponderación dirigida y pautada por la ley. Al mismo tiempo con el concepto de discrecionalidad se alude a la *estructura jurídica* en que se concreta un *modelo de actuación* de la Administración pública caracterizado de ordinario por una mayor apertura. Con ello quiere decirse también que la discrecionalidad es un *concepto jurídico* y no sólo un ámbito de libre configuración política. La estructura jurídica de la discrecionalidad posee una naturaleza o dimensión que podríamos calificar de procedimental, en el sentido de que requiere para su ejercicio de un «procedimiento interno» (Hill). Los criterios que sirven de guía para el ejercicio de la discrecionalidad constituyen una suerte de directriz jurídica para la actuación de la Administración. Así los ha descrito Michael Gerhardt¹⁰⁷: la exigencia fundamental y básica que se desprende directamente de la cláusula del Estado de Derecho consiste en la racionalidad del ejercicio del poder estatal. Que el poder público deba ejercerse siempre de forma racional supone que toda decisión administrativa ha de sujetarse a un triple mandato u *obligación*:

— El proceso decisorio, la búsqueda de una solución o respuesta, ha de llevarse a cabo de una forma estructurada y, en consecuencia, resultar transparente. En concreto, la obligación de ponderar los bienes y derechos en presencia que se ha nacido y desarrollado en el ámbito del planeamiento territorial y urbanístico de la mano del principio de proporcionalidad, puede servir de modelo en muchos otros escenarios**.

[106] Al respecto E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee* (nota 6), cap. 4, núm. marg. 46 y ss.

* O de «concretarla» en el sentido antes indicado, en nota de editor, esto es, concreción entendida como algo no mecánico, sino como implementación o desarrollo.

[107] MICHAEL GERHARDT, en Schoch, Schmidt-Aßmann y Pietzner (Eds.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Beck, München, § 114, núm. marg. 5.

** El autor hace referencia con ello a los procedimientos escalonados, como los que se siguen para la elaboración del planeamiento territorial y urbanístico o para la expropiación. De ese modo se resuelven en fases separadas situaciones de cierta complejidad y se aseguran las garantías individuales y la adecuada ponderación de los distintos elementos que las integran, como sucede, por ejemplo, en el procedimiento expropiatorio (causa, necesidad, justiprecio, pago y toma de posesión, etc.). Esta estructuración se considera una exigencia de la cláusula del Estado de Derecho.

– La actividad instructora, las evaluaciones y los cálculos de probabilidades acerca de los resultados o de la evolución de futuro que pueda experimentar la cuestión a decidir habrán de ser acordes con la realidad. Ha de minimizarse en lo posible la incertidumbre con la ayuda del método adecuado; y si no es factible, ello habrá de tenerse en cuenta en la ponderación.

– De un lado, la Administración ha de observar en su ponderación las directrices normativas que resulten de aplicación al caso, y entre las que el principio de proporcionalidad —en cuanto ley material básica de la ponderación propia del Estado de Derecho— constituye un elemento fundamental que, sin duda, destaca de manera singular. Ello no obstante, de otro lado, la Administración está sobre todo obligada, por imperativo legal, a aplicar y a traducir en decisiones concretas también *criterios de corrección** «de carácter extrajurídico» que, con frecuencia, se establecen legalmente, aunque sea en forma implícita, cuando se le encomienda la última palabra en la materia, a fin de cumplir una función determinada o alcanzar un resultado*. En tales casos, en efecto, la Administración ha de incorporar en su decisión otros elementos de juicio, en realidad implícitos en la potestad discrecional, puesto que debe buscar la mejor solución para el caso concreto (discrecionalidad de carácter general); ha de optimizar las ventajas y minimizar los inconvenientes de una obra pública o de una infraestructura (discrecionalidad en el ámbito del planeamiento); o realizar un análisis o valoración técnica de acuerdo con el estado de la ciencia y los mejores conocimientos de que pueda disponerse (facultades de apreciación, en la categorización alemana, o «discrecionalidad técnica»).

Para abundar en las afirmaciones del texto, conviene remitirse a la lectura de su obra *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit. en notas del editor, capítulo cuarto, núms. 47 y ss. El núm. 49 expresa este triple mandato con algunos ejemplos.

Entre nuestra doctrina, además, contribuye a enmarcar esta problemática y un entendimiento más profundo de este planteamiento el trabajo de JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000. Sobre el principio de proporcionalidad, véase el número monográfico de la revista *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (1998).

* Los estudios sobre la reforma del Derecho Administrativo hablan de «corrección» para aludir a otros parámetros que la Administración habría de observar, más allá de los clásicos límites o prohibiciones que el Derecho establezca. Así, la solución que se adopte no sólo habrá de respetar las reglas de procedimiento o de competencia, sino que habrá de ser la más razonable, la mejor de entre todas las posibles, etc. En ocasiones, en términos gráficos, la «corrección» se contrapone a «legalidad» o «conformidad a Derecho»; ésta determinaría el aprobado; aquélla la alta calificación. Sobre el tema, véase el capítulo quinto, núm. I, de la primera edición de esta obra (2006).

** Esto es, cuando la ley no predetermina la respuesta y le atribuye a la Administración la última palabra en un asunto concreto.

Todos estos conceptos pretenden llamar la atención sobre algunos de los escenarios más típicos a los que se enfrenta la Administración cuando ha de resolver y adoptar decisiones. Y ello con el propósito de poner de manifiesto que las exigencias que cada problema a resolver reclame deben ponderarse en el seno del modelo racional de la discrecionalidad, tal como se ha descrito. En este contexto, no resulta prioritario ni necesario crear nuevos parámetros de control judicial, sino, sobre todo y fundamentalmente, formular pautas de conducta o reglas para una mejor decisión discrecional de la Administración. Para inducir esas pautas o criterios de la acción administrativa discrecional resulta obligado acudir al caudal de experiencias acumuladas, a la práctica, a los manuales especializados en función de cada sector, etc., antes que recurrir a los dogmas procesales. La teoría de la discrecionalidad se remite, en esta medida, a la *teoría de los parámetros* de la acción administrativa¹⁰⁸.

III. DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA PRESTACIÓN, A UN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA GARANTÍA DE LA PRESTACIÓN*

Este cambio de perspectiva (del Estado prestador al Estado garante) se inspira y apoya en la teoría de las clases de Administración¹⁰⁹. Al Derecho Administrativo, en efecto, no sólo le interesa estudiar los supuestos en los que la Administración presta por sí misma los servicios o vigila u ordena una actividad a través de su propio personal y de su organización, sino también cuando garantiza un resultado prestacio-

[108] Sobre ello PITSCHAS, «Massstäbe des Verwaltungshandelns», en *GVWR*, vol. 2 (nota 1), § 42.

* Es decir, de un Derecho Administrativo centrado en la prestación directa a cargo del Estado, a un Derecho Administrativo que se ocupa también de aquellas otras prestaciones o servicios que, aun no siendo prestados directamente, el Estado garantiza su resultado. De un Estado prestador, a un Estado regulador (respecto de determinados servicios o prestaciones).

[109] Sobre este tema E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee* (nota 15), cap. 3, núm. marg. 98 y ss.

nal. Es más, la tarea primordial de nuestro tiempo consiste en crear el marco jurídico, las instituciones y los procedimientos apropiados para esos otros casos en los que la Administración se limita a impulsar y garantizar la autorregulación social para el cumplimiento de determinadas tareas —bien porque así lo desea, o bien porque está obligada a ello—; en otras palabras, cuando la responsabilidad de la Administración consiste en *garantizar* que el sector privado pueda satisfacer las tareas que le corresponden. Así ha quedado dicho ya antes a propósito de las «estrategias de regulación» (véase apartado I.3). En ocasiones, esos procesos son el resultado de la *privatización* de actividades antes prestadas en régimen de monopolio; en otras, sin embargo, se trata de un movimiento contrario, esto es, de la *publicación* de una actividad hasta entonces en manos del sector privado, como consecuencia de la insuficiencia o incapacidad para prestarlo de forma satisfactoria por parte de éste. De todo ello ha de ocuparse el Derecho Administrativo.

1. RESPONSABILIDAD DE GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

Naturalmente, el constante desplazamiento del reparto de tareas entre la sociedad y el Estado tiene inmediatas consecuencias para la ciencia del Derecho Administrativo. Ésta ha sido una de las preocupaciones centrales de los estudios sobre la reforma y la modernización de la disciplina. La cambiante atribución de esferas o ámbitos de «responsabilidades»¹¹⁰ entre la Administración y el ciudadano y el concepto de «autorregulación regulada» constituyen los elementos centrales a tener en cuenta.

En este sentido, la «responsabilidad del Estado de garantizar la prestación» se ha erigido en el concepto clave¹¹¹. Esa responsabilidad y compromiso se da cuando a la Administración —de ordinario, por-

[110] E. SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts — Reformbedarf und Reformansätze», en *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts* (nota 30), pp. 11 (43 y ss.); HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, «Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung», en *GVwR*, vol. 1 (nota 1), § 12, especialmente núm. marg. 148 y ss.

[111] Véase un enfoque sistemático en A. VOSSKUHLE (nota 72), *VVDStRL*, núm. 62 (2003), pp. 226 y ss.; y también WOLFGANG WEISS, «Beteiligung Privater an der Wahr-

que así lo dispone la ley— le corresponde asegurar que esa actividad de interés general sea satisfecha en condiciones adecuadas por el sector privado.

Esta responsabilidad del Estado para garantizar un resultado se articula y estructura de múltiples formas. Al fin y al cabo, son muchas las actividades administrativas que se satisfacen a través de fórmulas de Derecho Privado, al servicio del interés general¹¹²:

– Con frecuencia, basta con establecer mecanismos de autovigilancia y auto-control con la superior presencia de la Administración (reparto de responsabilidades en materia de vigilancia). Entre otros ejemplos, podrían citarse el sistema combinado de certificaciones y acreditaciones en el ámbito de la gestión medioambiental, conforme a la Directiva de la Unión Europea 1221/2009; o el sistema de inspección y control de las entidades financieras; la inspección de los edificios, desregulada en algunos países; etc.

– En otros casos, por el contrario, a la empresa privada se le confía la realización de actividades complementarias o adicionales de interés general. En esa justa medida, la empresa pierde su autonomía. Un ejemplo paradigmático lo constituyen las obligaciones de servicio universal que, de acuerdo con la legislación general de telecomunicaciones y el servicio postal, se le pueden imponer a las empresas del sector. No es infrecuente tampoco que esa responsabilidad que ostenta el Estado de garantizar un resultado (la satisfacción del interés general, definido para cada caso) se exprese a través de organizaciones comunes con el sector privado o de contratos de colaboración público-privado, supuestos éstos en los que la Administración siempre se reserva ciertos derechos de dirección y control.

Son numerosas y de muy variado tipo las actividades que se prestan en este régimen, caracterizado, como se ha insistido, por el hecho de que la Administración garantiza el resultado final (una prestación adecuada, a un precio razonable, etc.). Representa un fenómeno tan relevante que puede afirmarse que se trata de una nueva clase de Administración pública, con señas de identidad propias. Podría decirse, por tanto, que además de las formas de Administración más tradicionales,

nehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *DVBl*, 2002, Heymanns, Köln, pp. 1167 y ss.

[112] Véase SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft* (nota 88), pp. 406 y ss. y 898 y ss.

como las denominadas «Administración prestacional» y «Administración ordenadora»*, ha surgido una nueva clase, la *Administración garantizadora de la prestación*. Esta forma de Administración comparte, desde luego, muchas notas en común con la de dirección, puesto que la Administración garante también ha de enfrentarse con frecuencia a situaciones de conflictos de intereses entre las partes (empresarios, usuarios, etc.), a constelaciones de intereses en las que se encuentran en juego igualmente derechos fundamentales (de libertad o de tutela), intereses de terceros, etc., y en las que, por consiguiente, se trata de tomar decisiones sumamente complejas. Lo singular y característico de esta forma de Administración que garantiza un resultado reside, sin embargo, en un dato fundamental. Y es que la Administración y el sector privado actúan de consuno y *en común* para satisfacer el bienestar general. La acción de la Administración en este escenario no pretende modelar o «petrificar» la iniciativa privada ni los criterios de racionalización a los que el sector privado se sujeta; respeta su propia dinámica de funcionamiento. Téngase en cuenta, en ese sentido, que para asegurar la colaboración permanente de las dos esferas —la social y la estatal— en la consecución de estos intereses convergentes, en esa suerte de circuito paralelo de intereses públicos y privados, es necesario dejar que cada subsistema o esfera aporte su propia dinámica y capacidad de actuación. El Estado y la sociedad cuentan con su propia racionalidad¹¹³. En forma esquemática, podría decirse que la Administración garantizadora de las prestaciones se caracteriza por las siguientes cuatro notas:

– La preservación de la racionalidad propia de ambos subsistemas, esto es, la salvaguardia de la neutralidad del Estado, por un lado, y de la espontaneidad de la sociedad, por otro.

– La flexibilidad o adaptabilidad de los acuerdos que el Estado y la sociedad alcanzan de forma conjunta.

– La necesidad de que ambos subsistemas profundicen en la autovigilancia y en el autocontrol, lo cual remite a la publicidad y transparencia.

* O de actividad de policía, en la terminología española.

[113] Así, literalmente, se expresa VOSSKUHLÉ (nota 72), *VVDStRL*, núm. 62 (2003), p. 266 (307).

— La creación de las estructuras necesarias, con la ayuda de la legislación, que sirvan para ofrecer el marco adecuado y los objetivos necesarios al conjunto o contexto de reglas en interacción, sin petrificarlo.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO DE GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES, EN ESPECIAL: EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA REGULACIÓN

Ese *Derecho Administrativo de garantía* habrá de sistematizar el elevado número de referentes normativos y de reglas de Derecho positivo que se hallan dispersas en los distintos sectores especiales, a fin de traducirlos y conformarlos en institutos jurídicos. El Derecho Administrativo del futuro seguirá siendo un Derecho de la Administración ordenadora, prestadora, directora y planificadora, pero será, *además*, un Derecho de la «Administración garante de un resultado»*.

Andreas Voßkuhle ha explicado de una forma sistemática los rasgos fundamentales que caracterizan al Derecho Administrativo garantizador¹⁴: las leyes que configuran este específico modelo de Administración y de Derecho Administrativo, afirma este autor, han de poner el acento en medidas y actuaciones de carácter *estructural* y de corte *finalista*. Y ello se consigue fundamentalmente mediante la selección de las organizaciones y de los procedimientos adecuados**. No obstante, a este nuevo Derecho Administrativo le interesan tanto los medios y técnicas típicas del Derecho Público (procedimientos administrativos; organizaciones administrativas), como privados (procedimientos y organizaciones de Derecho Privado). Habrán de inocularse en esas

* Todas estas expresiones (Administración garante; o garante de un resultado y de un conjunto de prestaciones; Administración garantizadora; Administración que asegura un objetivo; etc.) no son sino traducciones literarias que pretenden reflejar descriptivamente lo que en el idioma alemán, con su enorme flexibilidad y maleabilidad para el lenguaje científico, expresa con un solo término: «Gewährleistungsverwaltung» (lit.: Administración de garantía). Lo mismo puede decirse del término «Gewährleistungsverwaltungsrecht» (lit.: Derecho Administrativo de la garantía).

[114] De forma resumida en *VVDStRL*, núm. 62 (2003), pp. 266 (310 y ss.).

** Véase el capítulo quinto de la primera edición de esta obra colectiva (2006).

instituciones del Derecho Privado los equivalentes funcionales de las garantías propias del Derecho Administrativo clásico*. Entre las cuestiones que la dogmática ha de sistematizar y resolver en esta sede podrían citarse las siguientes:

– El establecimiento de instrumentos que aseguren la calidad y los resultados en la prestación privada de los servicios.

– La creación de procedimientos para la selección de los socios privados más cualificados que hayan de colaborar con la Administración.

– La tutela de los intereses de terceros: competidores, usuarios y consumidores.

– El diseño de mecanismos que garanticen la necesaria evaluación de los servicios y la acumulación de experiencias y un aprendizaje.

– La posibilidad de que el Estado pueda dar marcha atrás y establecer otras fórmulas alternativas.

Parte importante del *Derecho Administrativo de garantía* de las prestaciones es el *Derecho Administrativo de la regulación*. Aquí se utiliza el concepto en su *sentido estricto* (véase apartado I.3). Con él se designa la dirección de los denominados sectores económicos en red y los mercados con estructura equivalente¹¹⁵. En la mayoría de los casos se trata de sectores surgidos de operaciones, completas o parciales, de privatización de empresas estatales (ferrocarriles, servicio postal), cuyo primer objetivo fue la generación de una concurrencia operativa. Pero debían garantizar al mismo tiempo que las empresas privadas actuantes en es-

* Véase el capítulo quinto de la primera edición de esta obra colectiva (2006). Asimismo, véase J. BARNES, capítulo cuarto, segunda parte, de la presente obra colectiva. Los capítulos quinto y sexto de *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit. en notas de editor anteriores, resultan de obligada lectura para extraer mayores consecuencias de la síntesis de esta problemática que en el texto se apunta. Asimismo, resulta obligada la remisión al volumen colectivo de la serie de reforma *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996.

[115] Sobre este tema, véanse los trabajos de MICHAEL FEHLING y MATTHIAS RUFFERT (Eds.), *Regulierungsrecht*, Beck, München, 2010; véase también FERDINAND WOLLEN-SCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

tos nuevos mercados mantuvieran, de manera duradera, una adecuada infraestructura y ofrecieran el suministro de los correspondientes servicios de forma suficiente y en todo el ámbito establecido. Ello requiere un específico instrumentarlo jurídico-administrativo: la aprobación de tarifas, la licitación de servicios universales, el poder regulatorio discrecional y solo finalistamente «dirigido» por la ley para la configuración de estructuras de mercado, cuyo ejercicio se encomienda a específicos organismos reguladores¹¹⁶. En la medida en que constituye un sector que se sitúa en un «grado» o «nivel intermedio de abstracción»*, el Derecho Administrativo de la regulación representa hoy —al igual que antes ya la ordenación del territorio— un importante sector de referencia para la sistematización del Derecho Administrativo general.

3. LA MULETILLA DEL «REGRESO DEL ESTADO»

En la actualidad es observable la no realización de alguna privatización proyectada o la retroacción de privatizaciones ya ejecutadas. ¿No hay en ello una vuelta a la buena y vieja procura existencial y a la responsabilidad plena de ejecución o prestación directa a cargo del propio Estado, en sustitución de una mera responsabilidad de garantía? Más aún: ¿no ha demostrado la crisis financiera lo importante que es el Estado como actor? La mención a la «vuelta del Estado» ha pasado a ser lugar común en la ciencia política. No es tarea del Derecho Administrativo, ni de la ciencia jurídico-administrativa, sin embargo, el rápido cambio de paradigmas. En el Derecho Administrativo nunca se ha llegado a despedir al Estado, con lo que ahora tampoco es preciso redescubrirlo. La atribución de ámbitos de responsabilidad y las

[116] Sobre estas cuestiones, MICHAEL FEHLING y MATTHIAS RUFFERT (Eds.), *Regulierungsrecht*, Beck, München, 2010; véase también FERDINAND WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

* Para entender esta expresión y el planteamiento que ésta subyace, véase, entre otros, el capítulo primero de la obra de E. SCHMIDT-ASSMANN *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit. Con un desarrollo particular y en parte distinto puede verse J. BARNES, «Introducción. Reforma e innovación del procedimiento administrativo», en *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008.

estrategias de regulación constituyen terreno idóneo para reflejar, en el seno de la ciencia del Derecho Administrativo, los cambios en la relación de fuerzas entre Estado y sociedad, Administración y mercado. Precisamente el Derecho Administrativo de garantía, al que se ha hecho referencia en los epígrafes precedentes, representa un ámbito en el que siempre está también presente el Estado que interviene como poder por medio de las formas clásicas de actuación, como el acto administrativo. Ahora bien, aunque tenga en común muchas cosas el Derecho Administrativo de garantía con las clásicas modalidades de Administración, ello no significa una vuelta a las antiguas formas estatales. Piénsese, por ejemplo, que las técnicas de actuación unilateral no tienen en cuenta que los órganos estatales ya solo en cooperación con la sociedad pueden alcanzar el necesario conocimiento requerido para la regulación. A ello se añade aún una segunda perspectiva: precisamente la crisis financiera ha revelado que cada Estado únicamente puede conseguir algo en colaboración con otros Estados.

CUARTA PARTE
LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO EUROPEO Y
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
INTERNACIONAL

EL debate académico sobre la reforma del Derecho Administrativo ha tenido en cuenta desde el principio el fenómeno de la europeización del Derecho y sus consecuencias para nuestra disciplina. La doctrina ha estado siempre atenta a la construcción del Derecho de la Unión Europea de acuerdo con los dictados de la cláusula del Estado de Derecho. Con el correr del tiempo se hizo, sin embargo, cada vez más patente que los cambios y efectos no sólo afectaban al plano normativo, a la conformación del Derecho, sino también al ámbito organizativo, a las estructuras administrativas¹¹⁷. Bajo el manto de la Unión Europea se ha establecido, en efecto, una densa red de relaciones administrativas que intervienen en el espacio comunitario, en interacción recíproca, integrada por las instituciones comunitarias y todas las Administraciones nacionales, en sus distintos niveles. Nos hallamos ante una suerte de *asociación* o *unión de Administraciones europeas* o, si se prefiere, ante un conjunto interrelacionado de Administraciones, nacionales y europeas* (I). El Derecho Administrativo que requiere ese conjunto interrelacionado de Administraciones del espacio comunitario —el Derecho Administrativo europeo— no está aún bien definido, puesto que su objeto y materia resultan todavía poco claros a los ojos del Derecho de la Unión Europea y del Derecho nacional. De ahí que no haya sido capaz de responder a los retos que esa red de Administraciones plantea.

[117] E. SCHMIDT-ASSMANN y WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (Eds.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, Duncker und Humblot, Berlin, 1999; más recientemente, la exposición comprensiva de las estructuras de la Administración y su Derecho de JÖRG TERHECHTE (Ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

* Las expresiones propuestas en el texto (*asociación*, *unión* o *conjunto interrelacionado*; *estructura asociativa*; etc.), al igual que tantos otros términos del texto original, no pretenden, todas ellas sumadas, sino describir lo que en alemán se expresa con un solo término: «Verwaltungsverbund».

Los típicos *problemas «asociativos»* o *de conjunto* no han quedado todavía resueltos. Tal es la tarea que tiene por delante. Para conseguir que el Derecho Administrativo europeo pueda construirse sobre unas bases y premisas sistemáticas e integrales, resulta conveniente recurrir a la idea de la *constitucionalización* que proviene de los ordenamientos nacionales (II)*.

I . LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA COMO UNA UNIÓN O CONJUNTO INTERRELACIONADO DE INFORMACIÓN, ACTUACIÓN Y CONTROL

La Unión Europea y sus predecesoras, las Comunidades Europeas, nunca han sido en realidad comunidades exclusivamente económicas. Lo que sí han sido siempre es *Comunidades de Administraciones públicas*. La Unión Aduanera y la ordenación del mercado agrícola, tal y como se establecieron en los Tratados de Roma de 1957, fueron posibles merced al considerable esfuerzo de todas las Administraciones implicadas, nacionales y europeas. Sin embargo, durante largo tiempo, esta realidad, o no se ha valorado en su justa medida, o bien ha sido tachada como problemática y se ha visto reducida a la simplista visión de una Administración europea sobredimensionada y fuertemente centralizada («Administración Mamut»). Ambas posiciones son erróneas: el personal al servicio de la Comisión no ha crecido de forma perceptible desde hace muchos años. Tan sólo ha aumentado su número con ocasión de las sucesivas ampliaciones hacia el Este. Piénsese que con aproximadamente 30.000 empleados públicos, Bruselas ejerce un mayor número de competencias y de más complejidad que tantas otras Administraciones alemanas o españolas, que cuentan, sin embargo, con un volumen de personal superior.

La Administración europea no se puede entender, ni se deja describir, en clave jerárquica, puesto que consiste en un conjunto inte-

* Véase asimismo el capítulo séptimo de *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit.

rrelacionado de Administraciones nacionales y comunitarias que *trabajan en común*, cada vez con mayor intensidad, aunque no por ello se amalgamen ni reduzcan a unidad. Así pues, el punto de partida ha de situarse en una concepción *funcional* de Administración que incluya a las instancias de la Unión y a las Administraciones de los Estados miembros, esto es, una unión, asociación o conjunto interrelacionado que comprenda los dos niveles, en el ámbito del *control*, de la *acción* y de la *información*¹¹⁸.

1. LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES CONSTITUYEN LA BASE

Las Administraciones nacionales constituyen la base de ese conjunto interrelacionado de Administraciones del espacio comunitario. A ellas les compete el cumplimiento de la mayor parte de los asuntos y responsabilidades de carácter administrativo. Tramitan la inmensa mayoría de los procedimientos administrativos. A ellas les incumbe en exclusiva la aplicación del *Derecho nacional*. Y en buena medida aplican también el Derecho de la Unión. La Administración directa constituye la excepción. Casi toda la ejecución o aplicación corresponde a los Ejecutivos de los Estados miembros. Éste es un dato de hecho y, al propio tiempo, una regla jurídica establecida por el artículo 291.1 TFUE: el concepto que de la Administración tiene la Unión se basa *en términos organizativos* en la primacía de la ejecución descentralizada de las competencias comunitarias (a cargo de los Estados miembros).

2. LAS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

En el plano europeo, el grueso de las tareas y responsabilidades administrativas corresponde a la Comisión. La naturaleza administrativa

[118] E. SCHMIDT-ASSMANN y BETTINA SCHÖNDORF-HAUBOLD (Eds.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005; con numerosas otras contribuciones, ahora también OSWALD JANSEN y BETTINA SCHÖNDORF-HAUBOLD (Eds.), *The European Composite Administration*, Intersentia Cambridge, Antwerp, Portland, 2011 y WOLFGANG WEISS, *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Duncker und Humblot, Berlin, 2011.

de sus funciones y cometidos se halla reconocida en el art. 17.1, inciso 5º, TUE. Para la preparación y cumplimiento de todas esas funciones, la Comisión, constituida de forma colegiada, tiene a su disposición una Administración estructurada en Direcciones Generales, Direcciones y Negociados, que deben actuar como un conjunto unitario.

El alto grado de centralización de la Comisión ha ido relativizándose progresivamente como consecuencia de la creación de otras oficinas y agencias. Algunas de estas estructuras administrativas se encuentran estrechamente subordinadas a la Comisión, como el caso de las *agencias ejecutivas*, cuya tarea fundamental consiste en la ejecución de los presupuestos. Sin embargo, las unidades más importantes siguen el modelo de las Administraciones independientes. El número de representantes de los Estados miembros en sus órganos de dirección suele superar al de los de la Comisión. En los últimos años, se ha producido una ola de nuevas instituciones de este tipo, denominadas *agencias reguladoras*, lo que ha supuesto un claro fortalecimiento del complejo de organizaciones separadas de la Comisión: las Agencias de Seguridad Alimentaria, de Seguridad del Tráfico Aéreo y Marítimo, así como de una Agencia de Sustancias y Preparados Químicos, una Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y, como últimas creaciones, tres Agencias para la regulación de los mercados financieros, entre ellas una de supervisión de los bancos. En algunos casos, se trata de Administraciones con potestades decisorias propias *ad extra*, esto es, con efectos directos hacia terceros aunque, por lo general, sólo llevan a cabo funciones de obtención e intercambio de datos, de asesoramiento técnico, y deliberación. No deben subestimarse, sin embargo, las amplias posibilidades de dirección que se derivan de esas actividades desarrolladas por las Agencias, habida cuenta de que en el contexto europeo el tratamiento y el intercambio de información constituye un elemento consustancial.

Además de esas nuevas fórmulas administrativas, cada vez más sofisticadas, ha de destacarse el creciente fenómeno de los *comités*, cuya función consiste en colaborar con las Administraciones nacionales; aportar conocimientos técnicos o especializados; y facilitar la apertura a las fuerzas sociales. Constituyen puntos de contacto imprescindibles para la Unión, en lo que hace a la obtención, tratamiento e intercambio

de información. Sin sus aportaciones la Unión no podría desplegar su actividad, habida cuenta de los escasos recursos propios de que dispone. Dentro de este conjunto de comités destacan los propios de la comitología. Representan un importante mecanismo de cooperación entre la Comisión y los Ejecutivos de los Estados, porque contribuyen en una medida nada despreciable a la mejor elaboración del Derecho nacional de cara al cumplimiento y ejecución del Derecho de la Unión Europea. La praxis observada desde 1962 ha encontrado su formalización actual en el art. 291.2 TFUE. El beneficio evidente de este sistema radica, como es obvio, en la colaboración y cooperación de todos los niveles implicados. Su punto débil, sin embargo, reside en la falta de transparencia y de claridad en el reparto de responsabilidades.

3. LA COOPERACIÓN Y LA CREACIÓN DE REDES

La Administración del espacio europeo se ha articulado sobre un modelo teórico que no se corresponde con la realidad. En efecto, el sistema administrativo obedece a la construcción teórica, según la cual se ha de intervenir en uno de los niveles: *o bien* se actúa en el nivel nacional, *o bien* en el plano europeo (es el denominado *principio de separación*). En la práctica, sin embargo, las actividades administrativas sólo se pueden hacer realidad a través del trabajo en común, por medio de fórmulas cooperativas entre todas las Administraciones implicadas (*principio de cooperación* o de colaboración). No hay un solo sector o ámbito del Derecho de la Unión con un mínimo de relevancia en el que las competencias administrativas puedan desplegarse por separado. El principio de cooperación lo impregna todo. Así, sucede, por ejemplo, en el Derecho de la Competencia y de las ayudas de Estado; el Derecho aduanero; el Derecho alimentario; los fondos estructurales; o la autorización de productos y servicios. La concepción administrativa de la Unión se basa, por tanto, en dos principios constitutivos complementarios: la *separación en sentido organizativo* y la *colaboración o cooperación desde una perspectiva funcional*.

La colaboración se mueve tanto en clave vertical, entre la Comisión y los Estados miembros, como horizontal, entre todas las Admi-

nistraciones nacionales. A su vez, tales formas de colaboración admiten diferentes grados de intensidad. Desde contactos puntuales o esporádicos entre autoridades administrativas (para prestarse auxilio o ayuda respecto de determinados asuntos)¹¹⁹, hasta redes de colaboración permanente¹²⁰. La cooperación cumple múltiples funciones en el Derecho comunitario:

– Su función principal consiste en proporcionar la información necesaria a las Administraciones intervinientes (*cooperación informativa*). Ello entraña tanto el intercambio ocasional de datos, como la construcción de redes centrales de información.

– La cooperación puede articularse, a su vez, a través de múltiples formas de colaboración recíproca y de dirección conjunta dentro de los diferentes procedimientos (*cooperación procedimental*). Piénsese que no se podrían regular ni organizar, por ejemplo, las obligaciones de reconocimiento mutuo de certificados académicos o las aprobaciones o autorizaciones entre los Estados miembros, si no es con la ayuda de procedimientos que sean capaces de ofrecer mecanismos adecuados para esclarecer los casos más urgentes o controvertidos. Ha crecido el número de los procedimientos administrativos «escalonados» o «mixtos», en los que participan autoridades administrativas de distintos niveles*.

– Finalmente, la cooperación puede canalizarse a través de órganos o gremios creados expresamente al efecto (*cooperación institucional*). Ejemplos en este sentido son los mencionados consejos administrativos de las agencias europeas y el sistema de la comitología.

Entre las fórmulas organizativas más características de ese conjunto interrelacionado que conforman las Administraciones del espacio europeo se encuentran las *redes administrativas*. Con este concepto se

[119] Vid. FLORIAN WETTNER, *Die Amtshilfe im Europäischen Verwaltungsrecht*, Mohr. Siebeck, Tübingen, 2005.

[120] Sobre este tema, vid. JULIA SOMMER, *Verwaltungskooperation am Beispiel administrativer Informationsverfahren im europäischen Umweltrecht*, Springer, Heidelberg, 2003.

* También denominados «procedimientos compuestos».

hace referencia a formas de colaboración más intensas y consistentes, con el apoyo habitual de redes electrónicas¹²¹.

4. PROBLEMAS ESPECIALES QUE SUSCITA LA ACCIÓN CONJUNTA O LA ASOCIACIÓN DE ADMINISTRACIONES DEL ESPACIO COMUNITARIO EUROPEO

Las *posiciones intermedias* plantean por de pronto notables dificultades para la ciencia del Derecho: el entrelazamiento y la interacción parecen resistirse al análisis y al deslinde de las responsabilidades asignadas a cada uno de los sujetos participantes, como cabe esperar de todo trabajo jurídico. Los problemas del Derecho Administrativo europeo son en esencia problemas derivados de ese *trabajo en común*. En términos muy esquemáticos, podríamos sintetizarlos con tres palabras: transparencia, coherencia y eficiencia. Estos tres conceptos presentan, junto a una componente democrática, otras relativas a la cláusula del Estado de Derecho:

– El *mandato de transparencia* exige dos cosas: la visibilidad de las estructuras procedimentales, de un lado y, de otro, la fácil identificación de las distintas instancias administrativas, nacionales y europeas, intervinientes en el proceso de toma de decisiones. La correcta ordenación de las esferas de responsabilidades resulta necesaria de cara a la ulterior tutela judicial o reclamación de indemnización por daños.

– El *mandato de coherencia* se mueve en el plano de la articulación de los distintos sistemas de protección. No resultaría aceptable que las exigencias de tutela quedaran en la práctica en un terreno de nadie por el hecho de que aquéllos no estuvieran suficientemente evolucionados e interrelacionados entre sí. El nivel de compatibilidad e interrelación entre los sistemas de protección ha de correr paralelo al alto grado y volumen de la acción administrativa en común.

– El *mandato de eficiencia* obliga a una efectiva y equilibrada movilización de medios y recursos. Las tareas administrativas realizadas en común han de ser

[121] ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ, *Supervision and Enforcement of EC Law*, Hart, Oxford, 1999, p. 298: «We can speak of network, when partnership takes place through a permanente Framework for administrative cooperation [...]».

iguales en todo el territorio de la Unión y satisfacerse conforme a estándares que generen la confianza de todas las Administraciones participantes.

II. LA CAPACIDAD DE ORDENACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Los principios de Estado de Derecho (*l'état de droit, rule of law*) y del Estado democrático figuran, conforme al art. 2 TUE, entre los valores básicos en que se fundamenta la Unión Europea. Al propio tiempo, son principios constitucionales que propician el desarrollo de la constitucionalización del Derecho Administrativo europeo¹²².

Ha de notarse, sin embargo, que el Derecho Constitucional de la Unión Europea cuenta con un contenido compuesto de varias capas, niveles y piezas, en el que las relaciones internas de prelación no están del todo clarificadas. Por ello, la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional no posee la misma intensidad que en el ámbito interno. Menos aún que en el sistema nacional, podría hablarse aquí, por tanto, de una «relación deductiva» entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, a la que ya se hizo referencia.

1. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA EJECUCIÓN

El articulado del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCE) contaba ya con numerosos elementos sobre los que construir en forma sistemática la Teoría General del Derecho Administrativo europeo. Entre estas normas, se pueden citar, por ejemplo, el catálogo de fuentes del Derecho o de actos jurídicos de la Unión Europea* (actual art. 288 TFUE); los preceptos reguladores de la tutela judi-

[122] Sobre lo que a continuación se expone en el texto, véase E. SCHMIDT-ASSMANN, «Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund», en *GVWR*, vol. 1 (nota 1), § 5, núm. marg. 49 y ss.

* Llamados «formas jurídicas de actuación» en la terminología y dogmática alemanas.

cial (actuales arts. 263 y 265 TFUE); y las disposiciones que se refieren a la responsabilidad patrimonial de la Unión Europea (art. 340.2 TFUE). Las reformas posteriores introducirían otros elementos, como el principio de subsidiariedad y de proporcionalidad; la protección de datos personales; y el acceso a los documentos públicos. Se trata de normas que se dirigen a las instituciones europeas. En cambio, son muy pocas las normas de Derecho originario que tienen por objeto o destinatario a las Administraciones nacionales (por ejemplo, la obligación de notificar a que se refiere, en el ámbito de las ayudas de Estado, el art. 108.3 TFUE). En todo caso, parece claro que la Unión no posee amplias competencias para determinar el Derecho Administrativo *general* de los Estados miembros.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha enriquecido considerablemente el acervo comunitario mediante la introducción de principios generales del Derecho, que exceden en mucho las concretas normas positivas¹²³. Los principios, a diferencia de las disposiciones expresas, no sólo se dirigen a las instituciones de la Unión, sino también a los Estados miembros y a sus respectivas Administraciones en cuanto que aplican el Derecho de la Unión. Es más, puede decirse que los Estados miembros han sido objeto preferente de la jurisprudencia comunitaria. El TJCE recuerda así a los Estados miembros cuáles son sus deberes; y, a tal efecto, sitúa el punto de partida en el artículo 4.3 TFUE (principio de lealtad; adecuado cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado). Ello implica una fuerte presión en pro de la reforma del Derecho Administrativo nacional, sobre todo en lo que se refiere a la organización, el procedimiento administrativo y el proceso judicial. Y ello como consecuencia de los conocidos principios de coordinación, equivalencia y efectividad, cuya pretensión consiste en asegurar que el ejercicio de los derechos reconocidos por la Unión no sea impedido u obstaculizado.

[123] Más información al respecto en JÜRGEN SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2005, y, de forma resumida, la evolución más reciente en pp. III y ss.

Durante un largo periodo de tiempo el TJCE estuvo más preocupado por la plena eficacia del Derecho Comunitario, a costa de los Estados miembros y de sus Administraciones, mostrando una mayor sensibilidad en favor del Derecho de la Unión Europea y de su Administración. En los últimos años, su jurisprudencia se ha tornado más prudente y se muestra más proclive a aceptar las diversas tradiciones de los Derechos administrativos de los Estados miembros¹²⁴.

En el conjunto articulado de Administraciones (o «asociación de Administraciones») que se da en el seno de la Unión Europea ha de garantizarse que *todas* las Administraciones participantes actúen, en las cuestiones fundamentales, conforme a estándares análogos. Las cuestiones relativas a la protección de datos o el acceso a los documentos públicos no pueden ser resueltas en último término, tanto para la Administración de la Unión Europea como para los ejecutivos estatales, sino de manera uniforme. En este punto rige una suerte de «presunción de paralelismo». El principio de coherencia se mueve también en igual dirección. Principio éste, sin embargo, que no autoriza a las instituciones comunitarias (incluido por tanto el TJUE) a extralimitarse en las competencias que tienen atribuidas en cada caso, ni tampoco a acometer una uniformidad radical.

2. LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA EN LOS TRATADOS DE LISBOA

Aun cuando el Derecho originario previo no era insensible a los problemas administrativos más relevantes, la preocupación por la dimensión administrativa resulta, sin embargo, más patente en la versión consolidada de los Tratados de la Unión Europea resultante de Lisboa:

— Las competencias del Parlamento y del Consejo se configuran con más precisión que hasta ahora como funciones legislativas (art. 289 TFUE); se diferencian mejor los reglamentos europeos delegados y de ejecución (arts. 290 y 291

[124] THOMAS VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2008, pp. 483 y ss.

TFUE); y se perfilan más las competencias administrativas de la Comisión (art. 17.5 TFUE).

– Las organizaciones administrativas propias de la Unión Europea creadas a lo largo del tiempo (sobre todo las ya mencionadas Agencias) se reconocen expresamente como «instituciones u organismos» y se integran sistemáticamente en las prescripciones constitucionales centrales relativas a los principios democrático y de Estado de Derecho: también a ellas les son de aplicación las reglas que rigen para las demás instituciones europeas, en relación con publicidad (art. 15 TFUE), protección de datos (art. 16 TFUE) y el control judicial y los recursos directos ante el TJCE arts. 263 y 265 TFUE). Por lo mismo, para el ejercicio de sus funciones, las instituciones han de apoyarse en una Administración europea abierta, eficaz e independiente (art. 298.1 TFUE).

– Ha quedado subrayado de forma clara el papel destacado de las Administraciones nacionales en lo que hace a la cooperación interadministrativa (art. 197 TFUE). El art. 291.1 TFUE establece expresamente el derecho y el deber de los Estados miembros a ejecutar el Derecho de la Unión, significando aquí ejecución tanto la legislativa como la administrativa. Y la autonomía local y regional dentro de los Estados miembros aparece reconocida como elemento importante de la estructura constitucional (art. 4.2 TUE).

3. EL PAPEL DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene el mismo rango que los Tratados de la Unión Europea (art. 6.1 TUE), introduce en el Derecho Administrativo europeo un potencial suplementario en beneficio de la constitucionalización. En la experiencia alemana, es obvio que los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de 1949 han modelado por completo el Derecho Administrativo nacional. Por lo que hace a Europa, y aun cuando el Derecho originario ya reconociera desde el principio algunos derechos fundamentales, bien sea expresamente, o bien a través de los principios generales del Derecho, resulta evidente desde luego que su incorporación al Derecho originario supondrá un decisivo fortalecimiento para la configuración del Derecho Administrativo europeo. Así, por ejemplo, y en lo que a una de sus premisas básicas se refiere, cabe esperar que ese Derecho Administrativo dé mayor consistencia y protagonismo a la *dimensión del*

individuo en las relaciones Administración-ciudadano, frente a la vieja concepción francesa en la que ha estado inspirado el Derecho Administrativo de la Comunidad Económica Europea. Ello entraña un refrendo indirecto de los valores inherentes al Derecho Administrativo alemán contemporáneo, puesto que éste se ha construido sobre el eje de la *tutela individual*. Por lo demás, los derechos fundamentales vinculan en igual medida a las instituciones europeas y a los Estados miembros, en cuanto aplican y ejecutan el Derecho de la Unión (art. 51 de la Carta). Y ello es coherente con la idea de la acción conjunta o en asociación que caracteriza a las Administraciones del espacio europeo.

En la misma dirección opera el «derecho a una buena administración» reconocido en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, de acuerdo con el cual «toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable»¹²⁵. E integra, sin pretensión alguna de exhaustividad, el derecho de toda persona a ser oída; a acceder al expediente; la obligación de motivar las decisiones; y el derecho a la reparación de los daños causados, etc. Algunos de estos derechos incluidos en el derecho a una buena administración ya cuentan con un largo reconocimiento jurisprudencial; otros, en cambio, se encuentran recogidos con todo detalle en otras disposiciones de Derecho Comunitario originario, como sucede, por ejemplo, con el derecho general de acceso a los documentos públicos (art. 15 TFUE).

En el Derecho derivado de la Unión Europea, los llamados Códigos incorporan otros componentes que deben ser observados por los distintos órganos. Como modelo puede citarse el Código del Defensor del Pueblo Europeo de 2002, en el que se establecen no sólo cuestiones genéricas o de principio, sino disposiciones concretas sobre el tratamiento y tramitación de las solicitudes recibidas, por ejemplo. Sin embargo, esas normas que se dan a sí mismas las instituciones no tienen valor vinculante. Para el jurista de formación alemana (o española), en-

[125] Al respecto, con ulteriores referencias, MICHAEL FEHLING, «Europäisches Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht», en Terhechte (Ed.), *Verwaltungsrecht der EU* (nota 117), § 12, núm. marg. 7 y ss.

raizado en la teoría clásica de las fuentes del Derecho, no resulta fácil entenderse con reglas, cuyo valor vinculante resulta dudoso o de baja intensidad. Otros sistemas jurídicos, por el contrario, están más familiarizados con el Derecho blando o *soft law*. En todo caso, las reglas de buena conducta administrativa, o los códigos de buenas prácticas, cumplen desde luego asimismo una función docente o educativa. En otras ocasiones, se trata de auténticas obviedades que no necesitan de mayor explicación, como la que recoge el art. 12.1 del citado Código Europeo: «El funcionario será diligente, correcto, cortés y accesible en sus relaciones con el público»*.

Como el propio art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales reconoce explícitamente, se trata de un derecho que sólo se puede ejercer antes las instituciones europeas. Ello no quiere decir, antes al contrario, que el citado precepto no pueda generar un notable influjo e irradiación sobre el Derecho Administrativo nacional. De entrada, parece que la mayor parte de sus facultades y elementos se encuentran ya consagrados tanto en las leyes de procedimiento administrativo, como en la jurisprudencia de los Estados miembros. Ha de admitirse, sin embargo, que el reconocimiento genérico del derecho a una buena administración, o la misma evolución del Derecho de la Unión, podrán contribuir a disciplinar mejor nuevos campos o terrenos, como el de las relaciones de la Administración electrónica (procedimientos electrónicos, etc.).

No se puede predecir si el derecho a una buena administración podría convertirse en el eje o en la columna vertebral de una futura codificación de la Parte General del Derecho Administrativo de la Administración de la Unión, habida cuenta de la notable resistencia y críticas que levanta cualquier género de codificación, y no sólo entre los juristas ingleses. De lo que sí resulta indicativo en todo caso es de que se ha extendido en la Unión Europea la convicción general de que el Derecho Administrativo debe construirse sobre los fundamentos esen-

* La versión de 2005 añade, por ejemplo, que «al responder a la correspondencia, llamadas telefónicas y correo electrónico, el funcionario tratará en la mayor medida posible de ser servicial y responderá a las preguntas que se le plantean de la manera lo más completa y exacta posible».

ciales de la cláusula del Estado de Derecho, esto es, de que ha de ser un *Derecho Administrativo propio y característico de un Estado de Derecho*.

4. ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS

¿Dónde se localizan los puntos débiles de la estructura administrativa compuesta de la Unión Europea y los riesgos en su evolución futura? Radican en tres problemas identificables como falta de transparencia, fragmentación o segmentación, y deficiencia en la base de la confianza.

En primer lugar, la *falta de transparencia* constituye un fenómeno externo, que no es sino consecuencia de la forma en que ha crecido —un tanto asistemática y a golpe de las necesidades de cada sector— esta estructura asociativa de trabajo en común e interrelacionado que caracteriza a la acción de las Administraciones del espacio europeo. Sus formas y expresiones concretas se han ido determinando aleatoriamente, de modo que ningún entramado administrativo es igual al otro, sin que las diferencias puedan reducirse a unidad, ni concebirse en términos sistemáticos. Hoy se entiende como una disfunción. De ahí que los actos jurídicos más recientes muestren el esfuerzo de las instituciones de la Unión Europea por articular más decididamente la estructura administrativa conforme a determinados tipos organizativos. Esto vale para el procedimiento según la comitología y la organización de las Agencias ejecutivas, aunque los intentos en tal sentido de la Comisión referidos a las Agencias reguladoras han venido tropezando con la resistencia del Consejo.

Desde el punto de vista interno, sin embargo, la falta de transparencia arroja un saldo más negativo, esto es, en lo que se refiere a la inexistencia de una clara y precisa atribución de responsabilidades entre todos los sujetos intervinientes. Ello obedece en buena medida al carácter intergubernamental de la Unión Europea y de sus órganos decisorios, en los que se encuentran representados de ordinario todos los Estados miembros. Los acuerdos y negociaciones, sin duda necesarios, desembocan con frecuencia en resultados de los que en última instan-

cia nadie se responsabiliza. Y este es un problema que también se pone de manifiesto en los mismos consejos de administración de las Agencias. E incluso en el seno de la Comisión y en su estructura interna tampoco se ha establecido un claro reparto de responsabilidades. Aquí no encaja, por tanto, la imagen del típico aparato administrativo al que se le gobierna por medio de instrucciones u órdenes ministeriales. Este estado de cosas no parece que pueda cambiar mientras la Comisión esté presidida por el principio de colegialidad (véase el art. 17.8 TFUE).

Una segunda característica de la Administración europea acaso consista en su acentuada *fragmentación*. Las competencias de la Unión Europea están hechas a la medida de cada uno de los sectores especiales. La Unión Europea cuenta con pocas competencias de carácter *general*. Las agencias y los comités se crean para resolver cuestiones muy específicas. En esas sesiones, en las que se dan cita los funcionarios competentes en razón de la materia a nivel europeo y nacional, unos y otros se sienten vinculados por los mismos intereses sectoriales. Éste es un fenómeno bien conocido y estudiado en el federalismo alemán, con sus Conferencias de Ministros y los grupos de trabajo determinados en razón de la materia, y en los que cooperan conjuntamente los funcionarios especializados de la Federación (*Bund*) y de los Estados federados (*Länder*). Esta tendencia presenta sus ventajas e inconvenientes en el marco de la estructura asociativa de las Administraciones en el ámbito europeo. De un lado, favorece un cierto «alejamiento» de los funcionarios nacionales de su vinculación al ámbito estrictamente nacional, al tiempo que fomenta el surgimiento de una mayor toma de conciencia de la dimensión europea de sus funciones. De otro, sin embargo, se fortalece el pensamiento «particularista» o sectorializado, se pierde la visión del conjunto y la perspectiva del bien común.

El tercer elemento crítico, que aquí hemos calificado de deficiencias en la base real de la confianza, se refiere a las formas de cooperación horizontal entre las autoridades administrativas de los Estados miembros.

Esa exigencia de igualdad formal del *Derecho* puede resultar excesiva eventualmente y no se corresponde con la escasa atención prestada a las *condiciones*

materiales de ejecución de cada país, que la rápida ampliación de la Unión Europea ha hecho aflorar con claridad. En este plano, siguen existiendo considerables diferencias, que ahora pueden multiplicarse a resultas de las recientes ampliaciones. Sin embargo, la cooperación eficaz entre las *Administraciones* nacionales, tal y como se exige dentro de esta suerte de estructura asociativa, sólo puede garantizarse si cada una de las Administraciones participantes puede confiar en que los demás Ejecutivos nacionales proceden de acuerdo con estándares comparables, en lo que hace a la solicitud y diligencia, imparcialidad y discreción. De otro modo, no podría inspirarse la confianza recíproca —una confianza interadministrativa de alcance europeo— inherente al sistema. El intercambio de información o el reconocimiento de títulos académicos no depende tanto de la creación de un marco jurídico unificado, como de la existencia de un grado de competencia y fiabilidad similar entre las distintas Administraciones participantes. ¿Es posible realmente presumir la misma fuerza probatoria de todo documento emitido por cualesquiera de las instancias administrativas del espacio de la Unión Europea? Tal es la cuestión. Estos problemas prácticos han de estar presididos igualmente por la claridad, antes de que la «solidaridad» y la «condición de socios» acaben por convertirse verdaderamente en rasgos del sistema de la Administración europea, sin un previo análisis de las estructuras administrativas.

III. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL

Junto a la descrita europeización resulta apreciable también una tendencia en el Derecho Administrativo a la internacionalización. Constituye una consecuencia de la creciente *internacionalización de las relaciones entre Administraciones*¹²⁶.

1. EJEMPLOS Y PROBLEMAS

La internacionalización se aprecia, por ejemplo, a nivel regional en la cooperación policial entre Estados vecinos; o en la cooperación transfronteriza entre municipios y asociaciones de municipios, con el propósito de planificar las carre-

[126] *Vid.* E. SCHMIDT-ASSMANN, «Verfassungsprinzipien», en *GVWR*, vol. 1 (nota 1), § 17, núm. marg. 149 y ss.

teras y otros equipamientos locales. También se pone de manifiesto en la cooperación de las Administraciones financieras en el contexto de convenios sobre doble imposición; o en el ámbito social con los acuerdos sobre seguridad social.

La actuación administrativa internacionalizada se da asimismo en las redes de organizaciones, por ejemplo, para la supervisión bancaria y de los mercados financieros; supuestos éstos en los que se opera frecuentemente en términos de Derecho blando o *soft law* y acuerdos o *agreements*, que, aunque jurídicamente no vinculantes, resultan en la práctica muy influyentes. Otro ejemplo finalmente reside en las *actividades administrativas* de las organizaciones internacionales, tales como el Banco Mundial en el marco de la ayuda al desarrollo; la Organización Mundial del Comercio; la Organización Mundial de la Salud, así como la ONU y su Consejo de Seguridad (piénsese, por ejemplo, en las concretas resoluciones aprobando los «listados» de personas, en la lucha contra el terrorismo).

¿Con qué legitimación se actúa aquí? ¿Cuáles son sus fundamentos jurídicos y sus necesarios procedimientos? ¿Qué ocurre con la responsabilidad patrimonial y el control judicial? Éstos son típicos interrogantes que se plantean también en la *actuación administrativa internacionalizada*.

Un primer paso en la respuesta a tales cuestiones reside en el estudio detenido de los tratados y convenios internacionales pertinentes, que fijan el marco de estas actividades. El análisis de las relaciones entre Administraciones que se producen en este contexto permite advertir, desde el punto de vista de las formas de actuación, algunos elementos que se repiten y que han conservado el anclaje a los pertinentes institutos jurídicos. Cabe destacar los siguientes:

- la cooperación o auxilio administrativo, y la ayuda jurídica internacional;
- el intercambio y la protección internacionales de datos;
- el reconocimiento de actos administrativos ajenos;
- reglas procedimentales para la relación directa entre organizaciones administrativas;
- la actuación administrativa transfronteriza en territorio extranjero.

En un paso ulterior han de traerse a colación aquellos tratados internacionales que se ocupan de la posición de los individuos frente al poder público, y gozan, por ello, de amplio ámbito de aplicación. Se trata, sobre todo, de los pactos globales y regionales sobre derechos humanos. Ni siquiera las organizaciones internacionales —desde luego la ONU y sus suborganizaciones— pueden sustraerse a estas exigencias, aunque no sean parte en dichos pactos. Finalmente, ha de acudirse a elementales requerimientos procedimentales, mandatos de transparencia y reglas de neutralidad, que pueden manejarse como principios generales reconocidos [véase art. 38.1, c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia]¹²⁷.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL

Para ofrecer un marco conceptual común a estas cuestiones, debería emplearse el concepto de *Derecho Administrativo internacional*. Este término se ha empleado hasta ahora, en el espacio lingüístico alemán y en parte fuera de éste, para designar las normas nacionales que tienen por objeto la resolución de conflictos entre ordenamientos. Es éste un empleo, sin embargo, en modo alguno adecuado, puesto que más bien induce a confusión. Por *Derecho Administrativo internacional* procede entender más bien el Derecho Administrativo fundado en el *Derecho Internacional*, que cuenta con tres grandes círculos funcionales: es el Derecho de la *acción* de las instancias administrativas internacionales; el Derecho *determinante* de las legislaciones administrativas nacionales; y el Derecho de la *cooperación* de específicas estructuras asociativas.

— En cuanto *Derecho de la acción de las instancias administrativas internacionales*: en razón de esta dimensión, el *Derecho Administrativo internacional del desarrollo* se ocupa de las crecientes actuaciones de carácter administrativo que asumen las organizaciones internacionales, con efectos *ad extra*. Resulta evidente que dichas

[127] Véase SABINO CASSESE, «A Global Due Process of Law?», en G. Anthony, J. B. Auby, J. Morison y T. Zwart (Eds.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, 2011, p. 17 y ss.; además, con detalle y en el marco del ambicioso proyecto del Derecho Administrativo Global, B. KINGSBURY y M. DONALDSON, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (EPIL)*, North-Holland, Amsterdam, artículo «Global Administrative Law».

organizaciones no pueden realizar tales actividades sin ajustarse a básicos principios jurídicos, especialmente los de la protección internacional de los derechos humanos¹²⁸.

– En cuanto *Derecho determinante de la legislación administrativa nacional*: en esta segunda función, el Derecho Administrativo internacional configura el Derecho Administrativo interno en la medida en que exige determinadas reformas y modificaciones. La Convención sobre el Estatuto de los refugiados de Ginebra y, sobre todo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos suministran material de contraste. Ejemplo reciente lo constituye el Convenio de Aarhus suscrito en el marco del Consejo Económico y Social de la ONU (*Economic and Social Council, ECOSOC*), que, sin dar lugar a especiales relaciones de cooperación entre los Ejecutivos nacionales, prescribe, sin embargo, la construcción de una tutela judicial en la protección del medio ambiente, lo que supone no pocas reformas en el ámbito del procedimiento administrativo y de la justicia administrativa en el plano interno.

– En cuanto *Derecho de la cooperación de específicas estructuras asociativas*: el Derecho Administrativo internacional, haciendo confluir las dos precedentes funciones, es, en tercer lugar, un Derecho de la *cooperación horizontal y vertical*, y de sus específicos problemas, derivados de las correspondientes constelaciones administrativas. No basta con el cumplimiento aislado por parte de cada Administración, en los diferentes niveles, de los mandatos centrales del Derecho Administrativo, la protección de los derechos individuales y la garantía de la responsabilidad administrativa. Y es que el complejo mismo de organizaciones asociadas genera sus propios problemas jurídicos en la medida en que desdibuja las responsabilidades que a cada uno corresponden y hace depender las concretas decisiones singulares de especiales mecanismos de acuerdo. El Derecho Administrativo internacional ha de afrontar aquí problemas similares a los que se plantea el Derecho Administrativo europeo.

[128] A este respecto, los trabajos de MATTHIAS GOLDMANN, ARMIN V. BOGDANDY, JOCHEN V. BERNSTORFF y OTROS (Eds.), *The Exercise of Public Authority*, Springer, Berlin y Heidelberg, 2010, así como la literatura relativa al *Global Administrative Law* citada en nota anterior.

QUINTA PARTE
CUESTIONES METODOLÓGICAS DEL
NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO

I. . LOS DIVERSOS PLANOS DE LA DISCUSIÓN METODOLÓGICA

PARA investigar cuál sea el método apropiado para la nueva ciencia del Derecho Administrativo, preciso es responder a una cuestión previa: ¿de qué se trata? ¿De hallar el método que conduzca a una correcta aplicación e interpretación del Derecho por parte de la Administración pública, o del método que permita construir la ciencia del Derecho Administrativo? El Derecho Administrativo es a un tiempo una «rama del Derecho» y una «disciplina científica»; y ambas vertientes plantean exigencias metodológicas diferentes que, no obstante, se conectan entre sí¹²⁹.

Por lo demás, el debate que sobre el método del nuevo Derecho Administrativo ha tenido lugar en Alemania en los últimos años ha puesto de relieve que la cuestión metodológica de nuestra disciplina ha estado fuertemente asociada, cuando no lastrada, por las teorías del método jurídico propias del Derecho Civil y del Derecho Penal. Cuando la doctrina del Derecho Administrativo se ha planteado el problema del método ha acudido preferentemente al canon metodológico que esas otras disciplinas científicas han cultivado con profusión. Y aunque sea cierto que los conocimientos que esas ramas proporcionan para la interpretación de los textos jurídicos resultan de inestimable valor para la Administración pública, no lo es menos, sin embargo, que no agotan en modo alguno la multiplicidad de escenarios en los que aquélla se encuentra en punto a la toma de decisiones. Ello explica que con el correr del tiempo se haya abierto paso la idea de que el método del Derecho Administrativo requiere una mayor autonomía¹³⁰, habida cuenta,

[129] MÖLLERS, en *GVwR*, vol. 1 (nota 3), § 3, núm. marg. 1.

[130] E. SCHMIDT-ASSMANN y WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (Eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Duncker und Humblot, Berlin, 2004; y MÖLLERS, en *GVwR*, vol. 1

en efecto, de la pluralidad y heterogeneidad del Derecho que la Administración ha de aplicar y de la consiguiente diversidad de las fórmulas organizativas que la acción administrativa requiere.

Veamos ahora en forma introductoria lo que luego se estudia con más detenimiento en el capítulo segundo de la presente obra.

II. LOS DISTINTOS MÉTODOS DE «CONCRECIÓN»* O DESARROLLO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Todas las teorías metodológicas del Derecho Administrativo tienen que partir de las diversas situaciones decisorias en que se encuentra el Ejecutivo. Un análisis atento pone de relieve, en efecto, que tales situaciones o escenarios se configuran de forma muy diferente, en función de la clase de Derecho que haya de aplicar la Administración; del contexto organizativo en el que esta aplicación o implementación se produce; y de cuál sea la función, objetivo y cometido fundamental que tenga atribuidos la Administración en cada caso. De ahí se infiere, en consecuencia, que no hay un único modelo de implementación o aplicación del Derecho. A la Administración pública que negocia un acuerdo se le plantean problemas muy diferentes a los que se enfrenta la Administración que se limita a ejecutar una norma. Ambas situaciones se distinguen entre sí, a su vez, por la diversa situación que ocupa en un caso y en otro la potestad reglamentaria. Desde el punto de vista metodológico, estos supuestos no pueden medirse por el mismo rasero.

Por otra parte, todo método ha de asegurar que el caudal o acervo argumentativo siga siendo comprensible. Lo cual exige que ese conjunto de argumentos también resulte identificable y claro en sus presu-

(nota 3), § 3, núm. marg. 3 y ss.; con referencia especial al Derecho de la Unión Europea, véase INO AUGSBERG, «Methoden des europäischen Verwaltungsrechts», en Terhechte (Ed.), *Verwaltungsrecht der EU* (nota 117), § 4.

* Téngase en cuenta lo indicado en notas anteriores del editor en punto al sentido y significado de este término, como desarrollo o implementación.

puestos aplicativos e igualmente manejable en la práctica en cada uno de sus pasos. En resumen, ninguna vía permite reducir la pluralidad de situaciones posibles de aplicación jurídica a un único modelo principal.

1. LOS MÉTODOS BÁSICOS: LA SIMPLE APLICACIÓN DE LA LEY Y EL DERECHO

El *modelo básico* de aplicación consiste en los tres pasos de siempre: la interpretación, la identificación de los hechos y la operación lógico-formal de la subsunción. El método del Derecho Administrativo puede en este punto ser aún más tradicional que el método del Derecho Constitucional cuando su objeto consista en el dictado de sentencias constitucionales. Es más: es que debe serlo, puesto que el modelo básico cumple una muy relevante función de cara a la Administración pública: la de disciplina y sujeción. Este método, en efecto, le obliga a enfrentarse intensamente y con rigor a los textos jurídicos. Ello no es sino una consecuencia obligada de la jurisprudencia práctica.

Sin embargo, el mismo núcleo de este modelo pone de manifiesto que no es tan sencillo, que no consiste en un simple mecanismo de aplicación del Derecho. Los tres pasos contienen, en efecto, elementos valorativos que no siempre se transmiten de forma unívoca entre los distintos sujetos u operadores jurídicos¹³¹:

– La *interpretación* del Derecho Administrativo no representa una tarea simple. Los métodos que se centran en la interpretación no ofrecen un canon cerrado, puesto que sus reglas se combinan y complementan en múltiples formas. Se ha de tener en cuenta además la interpretación orientada *a*, y *de* conformidad con,

[131] Vid. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Springer, Heidelberg, Berlin, 1991, pp. 271 y ss.; sobre los criterios de la interpretación legal, vid. WINFRIED BRUGGER, «Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetzes», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 119 (1994), pp. 1 y ss.; MICHAEL HOLOUBECK, «Gedanken zur Auslegungslehre», en *Festschrift für Heinz Mayer*, Manzsche Verlagsbuchhandlung, Wien, 2011, pp. 139 y ss.

la Constitución¹³²; la interpretación de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, señaladamente, con las Directivas, las cuales constituyen un referente reconocido, aunque incierto en ocasiones en sus consecuencias y presupuestos. La interpretación de las Directivas en particular ha de incluir todo el Derecho nacional, no sólo la ley de transposición; y ha de vincular tanto a los Tribunales, como a todas las Administraciones del Estado miembro¹³³. Ello tiene, desde luego, sentido en términos de integración política. No obstante, no han de pasarse por alto algunas desviaciones o tendencias negativas. El Derecho Constitucional y el Derecho Europeo operan a menudo con conceptos muy amplios y, por ello, indeterminados; mientras que la vinculación presupone siempre una cierta medida de certeza. Así que no puede descartarse el peligro de que ciertos intereses puedan hacerse valer sobre la base de esas normas tan abstractas, infiltrándose de forma descontrolada dentro de la estructura del supuesto de hecho.

– La *identificación o fijación de los hechos* rara vez se aborda como un problema metodológico. Constituye un ámbito dominado de ordinario por las normas relativas a la prueba, propias de las leyes procesales. Ello no obstante, una comprensión procesal del método ha de ir más allá de esas reglas clásicas y promover que el método del Derecho Administrativo pueda hacer uso de criterios capaces de anticiparse a la realidad (pronósticos y estimaciones); de sistematizar las distintas clases de presunciones que puedan hacerse en relación con las diversas situaciones fácticas; y de incorporar conocimientos especializados y experiencias externos a la Administración. En tal sentido, ha de reflexionarse también acerca de en qué medida el «estado de cosas», por definición provisional y en continuo cambio, en un momento dado puede tomarse como base y fundamento para la toma de decisiones y cómo se legitima la acción de las autoridades¹³⁴. La europeización y la internacionalización, con sus múltiples supuestos fácticos que trascienden las fronteras nacionales, plantean exigencias cuyo alcance apenas ha podido determinarse hasta el momento¹³⁵.

– Por último, la seguridad y certidumbre de la *subsunción* depende en buena medida de que los datos y elementos que se introduzcan resulten abarcables. No

[132] Sobre este tipo de interpretación *vid.* la Sentencia: *BVerfGE* 2, 266 (282); 101, 361 (387 ss.); y la jurisprudencia reiterada al respecto. También es muy interesante la obra de STERN, *Staatsrecht* (nota 67), vol. I, § 4 III 8 d, donde se refiere a los peligros de la «confusión de funciones» y la relativización de la función de dirección de la ley.

[133] Para los pormenores, véase VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht* (nota 124), pp. 184 y ss.

[134] *Vid.* CHRISTOPH BRÜNING, *Einstweilige Verwaltungsführung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 174 y ss.

[135] En este sentido se puede interpretar, por ejemplo, el «concepto de fijación normativa» consagrado en el art. 16a.2 párr. 2 GG: *BVerfGE* 94, 49 (95 ss.).

siempre concurren, sin embargo, esas condiciones. Así sucede, por ejemplo, cuando el Derecho Comunitario establece cláusulas de ponderación y valoraciones en el proceso aplicativo o cuando la ley nacional se resuelve en la determinación de objetivos y fines muy amplios. Aun cuando se admita que la Administración ostenta una potestad reglada, la vinculación del Ejecutivo será relativa. Por otro lado, las disposiciones administrativas internas (circulares y pautas interpretativas, por ejemplo) y la propia rutina administrativa pueden aliviar estos problemas que suscita el modelo básico de aplicación de la ley.

2. LOS MÉTODOS PARA LAS SITUACIONES Y ESCENARIOS COMPLEJOS DE TOMA DE DECISIONES

Resulta obligado utilizar un *modelo más matizado o sofisticado* cuando el Ejecutivo se encuentra ante otros escenarios más complejos, en concreto cuando debe de aplicar leyes con presupuestos de hecho abiertos, esto es, cuando ha de colmar y dar contenido a las cláusulas de ponderación; a los márgenes de apreciación valorativa; y a las habilitaciones para la creación e innovación del Derecho. Son situaciones complejas en este sentido aquéllas a las que se enfrentan el planeamiento territorial; la producción reglamentaria; la valoración de las situaciones de riesgo; o las funciones regulatorias. Todas ellas están marcadas por la misma necesidad: la de sopesar el heterogéneo conjunto de intereses en juego y meditar con cautela los efectos y consecuencias que a largo plazo puedan generarse. En este contexto, resulta útil distinguir entre la producción o gestación de la decisión, de un lado, y su presentación o descripción, de otro^{136*}. Por ejemplo, para el «tratamiento de la incertidumbre», que es algo característico del medio ambiente y de la tecnología, cabría desarrollar un método propio que tenga en cuenta y valore el material legislativo en cuestión¹³⁷. Lo mismo cabe decir respecto de

[136] Sobre este tema, HANS-HEINRICH TRUTE, «Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen», en *Methoden* (nota 130), pp. 293 y ss., y también WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, pp. 9 y ss.

* Véase la segunda parte del capítulo segundo siguiente, donde se abunda en esta afirmación.

[137] En este sentido, IVO APPEL, «Methodik des Umgangs mit Ungewissheit», en *Methoden* (nota 130), pp. 327 (336 y ss.).

las relevantes consecuencias que puedan derivarse de las decisiones discrecionales¹³⁸. El planteamiento metodológico que ha de seguirse para la resolución de estos problemas consiste en un *modelo procedimental*. La comprensión procedimental del método representa la clave. Con su ayuda se consigue la racionalización inherente a todo método, no tanto mediante la interpretación de las normas aplicables, cuanto a través de un proceso adecuado que pueda garantizar una aplicación transparente y equilibrada del Derecho respecto de los intereses en presencia.

III. LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON LAS CIENCIAS AFINES

Si se aspira a que la ciencia del Derecho Administrativo pueda cumplir eficazmente sus funciones de dirección en la sociedad, el Estado y la economía, es preciso que se abra a los conocimientos que aportan otras ciencias¹³⁹. Tal es el caso de las ciencias de la naturaleza y de la tecnología. No podría construirse un Derecho Administrativo de la Información y del riesgo sin un profundo estudio de esas disciplinas. Para que el Derecho pueda imponerse a la dinámica propia de la técnica, resulta necesario conocer el funcionamiento de sus fuerzas motrices y de sus mecanismos internos.

La ciencia del Derecho Administrativo ha de estar igualmente abierta a las Ciencias Sociales y Económicas¹⁴⁰. La separación entre

[138] Así lo señala GEORG HERMES, «Folgenberücksichtigung in der Verwaltungspraxis und in anderen wirkungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft», en *Methoden* (nota 130), pp. 359 y ss.

[139] También en este sentido VOSSKUHLE, en *GVwR*, vol. 1 (nota 1), § 1, núm. marg. 37. Han de matizarse las cosas en atención a las diversas disciplinas científicas: Historia, Economía, Ciencias Sociales, Ciencias Naturales y Ciencias Culturales. Al respecto, *vid.* MÖLLERS, en *GVwR*, vol. 1 (nota 3), § 3, núm. marg. 42 y ss.

[140] *Vid.* WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (Ed.), *Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht*, Luchterhand, Neuwied, 1981, pp. 3 y ss.; del mismo autor, «Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht: Kommunikation in einer multidisziplinären Scientific Community», en *Die Verwaltung* 1999, 2, pp. 83 y ss.; también detalladamente, expone esta cuestión CHRIS-

el «ser» y el «deber ser» no significa que el canon metodológico de carácter jurídico sea autosuficiente y se baste por sí solo¹⁴¹. Lo único que está vedado es la importación indiscriminada y sin matices de postulados científicos o de teoremas extraños y ajenos al Derecho. Ello puede contrarrestarse, sin embargo, con un filtro adecuado basado en una comprensión del método que sea a un tiempo integradora y diferenciada (Voßkuhle). En otras palabras, una tal concepción del método pretende estudiar, analítica y sistemáticamente, de acuerdo con una secuencia o sucesión de juicios, el motivo, el alcance y las consecuencias de la recepción de conocimientos ajenos en el seno del Derecho Administrativo¹⁴².

Ha de observarse que las Ciencias Sociales y Económicas, por su parte, tampoco siguen un criterio metodológico unitario, sino que, por el contrario, se construyen con métodos muy distintos, que difieren notablemente entre sí, puesto que los presupuestos en los que se basan cada uno de esos ámbitos científicos pueden ser de carácter analítico, empírico o normativo. Cualquier intento de comprensión desde la ciencia del Derecho —y más aún de importación— ha de tener muy en cuenta las diferentes premisas y postulados en los que se sitúa cada una de estas ciencias.

— Los postulados de carácter *empírico* resultan de más fácil manejo. Cuando se incorporan a la argumentación jurídica, normalmente lo hacen a través del presupuesto de hecho, esto es, introduciéndose en el plano del sustrato fáctico¹⁴³. Como sucede con el análisis de la realidad o de los hechos, la perspectiva empírica tiene su lugar más apropiado en el ámbito de la política legislativa. Puede adquirir

TIAN BUMKE, «Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland», en *Methoden* (nota 130), pp. 73 y ss.

[141] CHRISTOPH MÖLLERS y ANDREAS VOSSKUHLE, «Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften», en *Die Verwaltung*, vol. 36 (2003), pp. 321 (329).

[142] ANDREAS VOSSKUHLE, «Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht», en Bauer, Czybulka, Kahl y Voßkuhle (Eds.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 171 (188 y ss.).

[143] Sobre la investigación en cuestiones jurídicas, *vid.* ANDREAS VOSSKUHLE, «Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung», en *Verwaltungsarchiv*, vol. 85 (1994), pp. 567 y ss. En particular, el capítulo segundo de la presente obra colectiva.

mayor importancia, como se insistirá más adelante*, si se vincula a la teoría jurídica estructuralista y se utiliza y concibe el ámbito normativo —en cuanto que se halla orientado al caso singular y a un determinado sector material— como espacio principal de concreción y evolución del Derecho¹⁴⁴.

– En relación con los contenidos *analíticos* que ofrecen las ciencias sociales, ha de atenderse ante todo a su especificidad desde un punto de vista metodológico, puesto que constatan la *existencia* de algo, pero nada dicen acerca de cómo *debe* ser. El jurista, habituado a los postulados normativos, no ha de sobredimensionar sus afirmaciones e incurrir en falsas interpretaciones. En caso contrario, se podría caer en una recepción acrítica de postulados que, ya desde sus propias bases y parámetros científicos, se resisten a ser interpretados de esa manera.

– Desde una perspectiva metodológica, en realidad lo más sencillo y natural sería moverse en el terreno de los enunciados *normativos*. Ello no obstante, habría que tener en cuenta las diferentes premisas desde las cuales se construye la normatividad. Por ejemplo, la «rentabilidad» o la «eficiencia» pueden formar parte del presupuesto de hecho de numerosas normas y adquirir, en consecuencia, una evidente condición o conceptualización jurídica. Pero ello no quiere decir que ese concepto se base en los mismos principios o que obedezca a la misma dinámica que se le ha dado en el modelo de *homo æconomicus* desarrollado por las ciencias económicas. Las afirmaciones jurídicas no tienen por qué coincidir con las afirmaciones de las ciencias económicas.

* Véase el capítulo segundo de la presente obra.

[144] FRIEDRICH MÜLLER y RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik I*, 8ª ed., Duncker und Humblot, Berlin, 2009, pp. 297 y ss.