

JAVIER BARNES

TRANSFORMACIONES (CIENTÍFICAS)  
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo



CUADERNOS UNIVERSITARIOS  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TRANSFORMACIONES (CIENTÍFICAS) DEL DERECHO ADMINISTRATIVO  
HISTORIA Y RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO

Javier Barnes

© 2011: Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo  
Editorial Derecho Global - Global Law Press  
info@globallawpress.org  
Sevilla

Serie Roja:  
“Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo”

© Javier Barnes

ISBN 978-84-941426-5-9

**(Hecho en España)**

## ÍNDICE

### I. INTRODUCCIÓN: LA INNOVACIÓN CIENTÍFICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La ciencia del Derecho como conocimiento sistemático. Más allá de la *adición* y del *comentario*.
2. La obsolescencia de toda ciencia y la evolución permanente.
3. El Derecho como saber práctico. La mejor guía práctica, una buena (y actualizada) teoría.
4. La innovación sistemática pasa por renovar el “radar”, y determinar el tratamiento jurídico de las cosas que en éste aparecen (función descriptiva y prescriptiva de la ciencia jurídica)
5. Síntesis de las tesis para el debate
  - “Gran Explosión” del Derecho Administrativo. Una clasificación de las transformaciones
  - Perspectiva histórica. ¿Cómo hemos llegado a este punto?
  - Propuestas metodológicas

### II. PRIMERA TESIS: LA “GRAN EXPLOSIÓN” DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La imagen del desbordamiento de los diques o fronteras tradicionales del Derecho Administrativo
2. La apertura de cada una de las fronteras tradicionales
3. Desplazamientos y pluralidad de centros de gravedad

### III. SEGUNDA TESIS: TRES MODOS DE SER DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

1. Derecho Administrativo de la “defensa individual” (de protección de los derechos individuales)
2. Derecho Administrativo de la “defensa colectiva” (de tutela de derechos, principios y valores de carácter colectivo).
3. Derecho Administrativo del “trabajo en común” (o de la “cooperación necesaria” interadministrativa y público-privada)
4. Una conclusión parcial
  - a) Tres modalidades que coexisten
  - b) Cada modalidad, una forma de regulación y gobierno
  - c) Desafíos científicos de la tercera modalidad

### IV. TERCERA TESIS: ALGUNAS PROPUESTAS, PERSPECTIVAS, Y MÉTODOS PARA LA RECONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Primera tarea: ¿Qué hacer con los espacios abiertos por la rotura de los diques en que vivía encerrado el Derecho Administrativo clásico? ¿Cómo rellenarlos?
  - a) *Por qué rellenar esos espacios. ¿Una nueva identidad del Derecho Administrativo?*
  - b) Ampliación de los intereses científicos del Derecho Administrativo
  - c) Nuevos pilares o ejes
  - d) *¿Cómo rellenar esos espacios? ¿De qué materiales? ¿Cómo ha de ser el proceso?*
  - e) *Algunas consecuencias*
2. Segunda tarea: del Derecho Administrativo negativo o prohibitivo (“luz roja”), o de la defensa y del contenido mínimo (“aprobado”), al Derecho Administrativo (también) de contenido positivo (“luz verde”), de la eficacia, y de la excelencia.
3. Tercera tarea: El método: ¿cómo cultivar esas nuevas áreas y cómo incorporar esa perspectiva positiva?
  - a) *Diálogo con la política regulatoria o reforma regulatoria*
  - b) *Diálogo científico con las ciencias auxiliares y afines*
  - c) Prudencia ante conceptos no jurídicos y reelaboración de conceptos jurídicos propios
  - d) *Análisis comparado*
  - e) *Elaboración y sistematización de criterios o parámetros de actuación que guíen en positivo la acción de la Administración*

### V. UNA REFLEXIÓN FINAL



### Resumen:

El Derecho Administrativo contemporáneo viene experimentando una notable expansión en las últimas décadas, un crecimiento que no es de carácter meramente cuantitativo, y que afecta a las propias bases o fundamentos de la disciplina. Este hecho requiere una paralela actualización de su sistema científico o “sistema operativo” y una redefinición de sus límites, temas en los que se trabaja desde hace tiempo en el panorama comparado (I).

La presente reflexión no constituye sino un simple ensayo o intento de describir, primero, esa “gran explosión” del ámbito científico del Derecho Administrativo (que estaría representada por la apertura de tres diques) (II), para, a continuación, situar la evolución del Derecho Administrativo en su contexto histórico (III), y postular la necesaria “repoblación y mejora” de esos nuevos espacios, por medio de nuevos enfoques o planteamientos metodológicos (IV).

## I. INTRODUCCIÓN: LA INNOVACIÓN CIENTÍFICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La ciencia del Derecho como conocimiento sistemático. Más allá de la *adición* y del *comentario*.

En 1776, el Rey Carlos III comprendió que ni la solución “adicionista”, ni la “comentarista”, podían remozar la vieja y monumental Recopilación indiana de 1680<sup>1</sup> -que incluía 6.447 leyes, distribuidas en 218 títulos, agrupados a su

---

<sup>1</sup> *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias.*

vez en nueve libros<sup>2</sup>-, cuerpo legislativo éste que se vería rebasado muy pronto ante el aluvión o arrastre constante de nuevas disposiciones desde su mismo cierre. Para solucionar el problema, el Rey acordaría casi un siglo más tarde de aquella obra la formación de una junta a la que encomendaría la elaboración del *Nuevo Código de las Leyes de Indias*<sup>3</sup>. La apuesta, aunque frustrada por razones históricas, consistió en una nueva codificación, esto es, en una ordenación sistemática y racional.

Sirva esta sencilla imagen para recordar que hacer ciencia jurídica es algo más –y, sobre todo, *distinto*– que “ordenar”, y, más aún, que “adicionar” nuevos elementos o “comentar” normas o sentencias, máxime cuando el desbordamiento del molde conceptual originario no es sólo de carácter cuantitativo. Es necesario desvelar las claves conceptuales, las categorías jurídicas, así como su evolución. El Derecho Administrativo contemporáneo requiere algo más y, desde luego, diverso, que ordenar, clasificar, codificar o sistematizar de un modo nuevo

Asistimos en la actualidad a numerosos cambios –¿*tiempos de cambio o cambio de era?*–, no ya sólo porque emergen sin cesar nuevas responsabilidades o tareas para las Administraciones públicas de toda clase o condición (asistenciales, técnicas, económicas, medioambientales, informativas...), sino también a *nuevas formas de regulación*, caracterizadas por la corresponsabilidad y cooperación de las Administraciones entre sí, y de éstas con la sociedad y el sector privado, tanto dentro como fuera de las fronteras estatales.

Nos hallamos, pues, con espacios hasta ahora ajenos al Derecho Administrativo (como rama del Derecho y como sistema científico): de un lado, el “espacio exterior” (más allá de la atmósfera del Estado)<sup>4</sup>; y, de otro, zonas de encuentro e intercambio con los sujetos privados<sup>5</sup>. Se trata de un salto, que requiere ajustes en nuestro sistema de conocimiento, y en las tradicionales herramientas de trabajo (técnicas jurídicas).

El científico del Derecho Administrativo no se puede quedar a las puertas de los problemas singulares o sectoriales por relevantes que éstos sean

---

<sup>2</sup> Más de un siglo llevó su proceso de creación y correspondió a Carlos II, último rey de la dinastía de los Austrias, el promulgarla: Reúne leyes establecidas por los Reyes Católicos, Carlos I, Felipe II, Felipe III, Felipe IV y Carlos II.

El primer libro se refiere a materias eclesiásticas; el segundo contiene la regulación del Consejo y Cámara de Indias y de las Audiencias del Nuevo Mundo hispánico; el tercero aborda el gobierno territorial –virreyes, presidentes, gobernadores– y los asuntos de guerra; el cuarto comprende el gobierno provincial y municipal; el quinto detalla el régimen municipal; el sexto está dedicado exclusivamente a los “indios”: encomiendas, régimen laboral, ordenanzas sobre su buen gobierno y protección; el séptimo es de contenido vario e inconexo (materia penal, juegos y problemas de mestizaje...); el octavo recoge toda la legislación de la hacienda indiana; y el noveno, el más extenso, recoge toda la legislación sobre comercio y navegación, y el ordenamiento de la Real Casa de la Contratación.

<sup>3</sup> Cfr. A. MUÑOZ OREJÓN, *Voz “Leyes de Indias”, GER* (vid. [http://www.canalsocial.net/ger/ficha\\_GER.asp?id=4952&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/ger/ficha_GER.asp?id=4952&cat=derecho))

<sup>4</sup> Comité de Basilea, ISO, GlobalGAP, ICANN...

<sup>5</sup> Asociaciones privadas –de profesionales, o productores– en régimen de autorregulación, por ejemplo.

(contratación, expropiación, régimen local, corrupción, mercados, energía...), como tampoco puede detenerse ante el umbral de las grandes reformas legales de cada tiempo y lugar; ni siquiera se puede conformar con la inducción de las principales tendencias contemporáneas (“simplificación administrativa”, “privatización”, proliferación de agencias independientes...).

Su misión fundamental es otra y más radical. Y reside en la innovación o reformas *científicas*, en el alumbramiento de enfoques y perspectivas para resolver esos y otros problemas prácticos, en el desarrollo de métodos apropiados para aprehender y disciplinar las nuevas realidades (sistemas de fuentes del Derecho Administrativo; fórmulas organizativas; nuevas formas de gobierno y administración...)<sup>6</sup>.

## 2. La obsolescencia de toda ciencia y la evolución permanente.

El conocimiento científico se encuentra sujeto a una actualización y modernización constantes. El paso del tiempo deja huella en todo conocimiento. Y el Derecho no es, naturalmente, una excepción.

El punto de partida de la presente reflexión se sitúa en una constatación, sin duda compartida por muchos, desde ángulos y culturas diversos. Y es que la ciencia del Derecho Administrativo se ha quedado pequeña; la dogmática ha devenido insuficiente. Ésta resulta imprescindible, desde luego. Pero ha de ser completada o actualizada, en una medida que excede en mucho de la “adición” o del “comentario”, por mantener los términos del ejemplo antes mencionado.

¿Acaso ha de pasar el “sistema del Derecho Administrativo” de una versión 3.0, como en un salto, a otra más amplia y evolucionada, próxima a la 7.0, por decirlo gráficamente? Sólo el tiempo lo desvelará. Lo cierto es, sin embargo, que a la denominada, en nuestra familia jurídica, “teoría general” (del Derecho Administrativo) se le escapan demasiadas cosas de la realidad, tal como está construida. Valga la imagen: no se trata, hoy, ahora, de rehabilitar una vieja catedral, sino, en cierta medida, de reconstruirla y ampliarla notablemente. Lo uno y lo otro, nótese bien, reclaman *métodos* bien diferentes.

## 3. El Derecho como saber práctico. La mejor guía práctica, una buena (y actualizada) teoría.

---

<sup>6</sup> Para una introducción a esos y otros problemas, véase, entre otras, la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, 2012 (editada por Javier Barnes).



Cuando de “teoría” y de “sistema” –y, en suma, de estrategias científicas- se habla, no parece necesario hacer matización alguna. Ello no obstante, se quiere salir al paso de cualquier connotación peyorativa: no hablamos de prescindir de nuestra historia doctrinal y dogmática, de lo que se ha conseguido, antes al contrario; no hablamos de “teorías” huecas, abstractas o inservibles; tampoco simplemente de “ordenar” mejor el fondo de armario a efectos descriptivos –la clasificación de las modalidades de acción administrativa, por ejemplo-, ni de teoría como algo opuesto a la práctica. No hay mejor práctica que una buena teoría.

4. La innovación sistemática pasa por renovar el “radar”, y determinar el tratamiento jurídico de las cosas que en éste aparecen (función descriptiva y prescriptiva de la ciencia jurídica)

Estamos urgidos a la reelaboración sistemática del Derecho Administrativo. Y ello en un doble movimiento: en primer lugar, para construir un radar que sea capaz de detectar fenómenos y escenarios, que desde la dogmática tradicional no se contemplaban<sup>7</sup>.

Ahora bien, no basta una buena explicación de lo que acontece, aun cuando sea esa una primera condición. En segundo término, el conocimiento habrá de ser útil para proyectar sobre esos nuevos acontecimientos los valores jurídicos que resulten adecuados<sup>8</sup>. Sistematización de la realidad jurídica, de un lado, y un correcto tratamiento jurídico, de otro, van de la mano, como una precisa cartografía o GPS permiten una buena navegación. La ciencia del Derecho Administrativo no representa una “ingeniería social”, un mero conocimiento técnico; constituye un saber práctico, pero, nótese bien, de naturaleza prescriptiva o normativa en última instancia –se pregunta y preocupa por el “deber ser”: ¿qué debemos hacer para ser justos?-. La sistematización científica busca la proyección de los valores jurídicos que han de presidir, inspirar y estructurar, como el ADN, todas las realidades que el Derecho Administrativo contempla.

5. Síntesis de las tesis para el debate

---

<sup>7</sup> Acción administrativa más allá del Estado; corresponsabilidad y cooperación público-privada; acción de organizaciones privadas sujetas al Derecho privado pero que comienzan a incorporar valores o principios del Derecho Administrativo (por ejemplo, asociaciones civiles que, en régimen de autorregulación, establecen estándares profesionales).

<sup>8</sup> Por ejemplo, las reglas y principios de la legislación de contratos administrativos que se le aplican al sector público, y a los denominados poderes adjudicadores.

Seguidamente, se exponen, dentro de esta amplia y compleja temática, unas breves reflexiones, que no quieren ser sino una modesta aportación al debate. Son, eso sí, expresión de una inquietud generalizada, que, desde filones de pensamiento dispares, se deja sentir con fuerza desde hace algunas décadas, ante la evidencia de que el sistema de coordenadas del Derecho Administrativo clásico ha cambiado sustancialmente<sup>9</sup>.

Comencemos por notar que de “transformación”, “reforma”, “innovación”, “cambio” o “crisis”, “huidas” y “expansiones”... se habla en el seno de la disciplina desde principios del siglo pasado, con una intensidad y extensión sin paralelo con ninguna otra rama del Derecho. Hoy, sin embargo, esos cambios parecen aún más acusados.

En ese contexto, en las páginas que siguen seleccionamos tres tesis para el debate, que podríamos exponer del siguiente modo:

- *“Gran Explosión” del Derecho Administrativo. Una clasificación de las transformaciones.*

La primera tesis parte de la premisa según la cual se habría producido una suerte de “gran explosión” del Derecho Administrativo. Con ello no aludimos, sin más, a un crecimiento de su espacio vital, sino a algo distinto. Pues no se ha generado sólo una enorme expansión -la aparición de nuevas constelaciones-, sino también cambios cualitativos, el surgimiento de nuevos centros de gravedad. Antes, por ejemplo, sólo importaba que la acción administrativa fuera legal<sup>10</sup>; hoy más que ayer, que, además, acierte y obtenga los mejores resultados.<sup>11</sup> La sociedad parecía carecer de interés (Estado y sociedad, Administración y ciudadano, se situaban en ambas orillas de un mismo río); toda la atención se concentraba en el ejercicio del poder formal por las Administraciones intraestatales.

Las órbitas que antes describían las distintas categorías y elementos que integran el Derecho Administrativo tradicional han sufrido perturbaciones o han perdido el lazo gravitacional con su sistema originario; la centralidad de algunas instituciones clásicas ya no será la misma<sup>12</sup>. Es obligado, pues, ensayar una cartografía, una sistemática, capaz de explicar nuevos fenómenos, como la

---

<sup>9</sup> Para mayores referencias bibliográficas puede verse, capítulo primero y cuarto de la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0 (segunda edición), dirigida por J. Barnes, y publicada en Global Law Press – Derecho Administrativo Global, Sevilla, 2012.

<sup>10</sup> Véase el capítulo primero, de E. Schmidt-Abmann, titulado “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit. pp. 88 y ss.

<sup>11</sup> Sobre ello, véase el último epígrafe.

<sup>12</sup> Véase el epígrafe siguiente.

acción administrativa globalizada, la acción administrativa en colaboración con el sector privado, o la acción administrativa investida de un poder sin precedentes para dirigir tantas políticas públicas.<sup>13</sup>

En ese sentido, aquí se sugiere una forma de aprehender los cambios, esto es, de comprender la trayectoria que describen los objetos alrededor de otros mientras están bajo la influencia de una fuerza central.

En concreto, la primera tesis consiste en afirmar que *el Derecho Administrativo ha superado los tres diques que delimitaban sus señas de identidad como Derecho nacional, Derecho del poder, y como Derecho de vocación ejecutiva.*

- *Perspectiva histórica. ¿Cómo hemos llegado a este punto?*

El análisis histórico nos permite entender de dónde vienen determinadas categorías y por qué, y, por ende, hacia dónde vamos, o podemos ir. En particular, permite poner en su contexto las transformaciones –desafíos– a los que el Derecho Administrativo contemporáneo se enfrenta. ¿Cómo hemos llegado hasta aquí?

Una mirada histórica nos desvela, a modo de ensayo, tres períodos en la evolución del Derecho Administrativo (clásico, moderno y contemporáneo), que se superponen o solapan, que conviven simultáneamente (no viene la modalidad posterior a abrogar a la anterior).

De acuerdo con esta tesis, cabría distinguir tres acentos: *el Derecho Administrativo de la “defensa individual”; de la “defensa colectiva”; y del “trabajo en común”.*

- *Propuestas metodológicas*

Por último, y con una eminente finalidad práctica, se ha de optar, selectivamente, por algunas estrategias científicas, por métodos, enfoques y análisis que permitan la conquista de los nuevos espacios surgidos. Aquí radica el centro del debate científico, la mayor dificultad.

Por ejemplo: ¿cómo legitimar democráticamente –y dotar de mayor calidad democrática– a la todopoderosa Administración emergente? ¿Y a las Administraciones independientes? ¿Qué valores públicos, en su caso, habrían de incorporar los sujetos privados que intervienen en la cadena regulatoria, como sucede con las organizaciones privadas de profesionales; de elaboración de estándares de productos o servicios en régimen de autorregulación; o la agencias de calificación crediticia, que producen, con su evaluación, un

---

<sup>13</sup> *Infra* II.1 y III.1

evidente y profundo efecto regulatorio?<sup>14</sup> Y, más amplio aún: ¿cómo conseguir una mayor calidad de la acción administrativa?<sup>15</sup>

Son éstas, sin duda, cuestiones de relevancia. Y, sin embargo, lo sabemos bien, el jurista no ha sido entrenado más que para interpretar normas y proyectar valores, para determinar si algo es o no conforme a Derecho, esto es, para responder a la cuestión de qué debemos hacer a la luz de la justicia (esté ésta o no encarnada en un texto constitucional o instrumento *supra* o internacional, por ejemplo). Lo cual no es poco. No ha sido adiestrado, por el contrario, para resolver cuál es la mejor opción organizativa entre varias para el cumplimiento de una misión determinada<sup>16</sup>; qué estrategia resulta más adecuada para asegurar que la agencia de seguridad alimentaria o del medicamento adopte decisiones en beneficio del interés general y sobre una base de información suficiente<sup>17</sup>; cómo conseguir que una norma, plan o programa medioambiental o territorial consiga en verdad los efectos deseados...

Y, con todo, algo se espera del administrativista en este plano. ¿Qué método, formación o aptitud habrá de asumir éste para cumplir con esa tarea? El debate es de hondo calado y aquí no cabe sino apuntar algunas vías<sup>18</sup>.

De ello nos ocupamos en la tercera tesis, o grupo de tesis, y de acuerdo con las cuales, primero, es necesario colonizar los espacios liberados, las nuevas fronteras abiertas contemporáneamente, que hasta ahora pasaban desapercibidas para el sistema científico originario<sup>19</sup>; segundo el Derecho Administrativo no puede quedarse en la “luz roja” (prohibiciones, límites...), en la visión de la ley como límite que no puede desbordarse, sino que ha de incorporar una dimensión positiva (calidad, eficacia, eficiencia, excelencia...)<sup>20</sup>; y, tercero, es preciso avanzar en el método científico que permita lograr una y otra cosa, para lo que se proponen algunas vías, con carácter ejemplificativo.<sup>21</sup>

---

<sup>14</sup> Sobre estos y otros supuestos, véase, por ejemplo, Javier Barnes, «El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica», en Constitución Económica, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

<sup>15</sup> *Infra* III.1.

<sup>16</sup> Si una fórmula organizativa de la autonomía local o universitaria es más eficiente y eficaz en el cumplimiento que de ellas se esperan; qué mecanismos de carácter organizativo pueden contribuir a evitar la captura del interés general, tanto desde dentro (los mismos miembros de la respectiva organización), como desde fuera; etc.

<sup>17</sup> Si, por ejemplo, la neutralidad y consenso científicos se garantizan mejor a través de una organización independiente, alejada del poder político y del influjo de los laboratorios...

<sup>18</sup> *Infra* III.

<sup>19</sup> Cuadro 1; e *infra* núm. III.1.

<sup>20</sup> *Infra* III.2.

<sup>21</sup> *Infra* III.3.

Comencemos por el principio.

## II. PRIMERA TESIS: LA “GRAN EXPLOSIÓN” DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### 1. La imagen del desbordamiento de los diques o fronteras tradicionales del Derecho Administrativo

Como ya se ha sugerido, la primera función que aquí ha de ejercerse es la propia del “geógrafo” o “descubridor”, para pintar el mapa de lo que acontece.

Una imagen apropiada para describir la situación actual podría ser la de un dique de contención. Así, podría decirse, el Derecho Administrativo desde sus orígenes habría vivido encerrado dentro de tres *diques* o de un conjunto de caracteres típicos: primero, constituye un Derecho nacional, un producto típicamente estatal o “estadocéntrico”(i); segundo, es un Derecho propio del ejecutivo y de las Administraciones cuando ejercen potestades públicas -un sistema que se activa ante el ejercicio del poder público, es decir, ante el *imperium* o la autoridad (ii); y, finalmente, representa un Derecho de marcada vocación ejecutiva: la Administración aplica lo que el legislador ha preestablecido; ésta se halla vinculada a la Ley y al Derecho; y ocupa un papel puramente subordinado- (iii).

Todas las señas de identidad del Derecho Administrativo se enmarcan, y se explican, dentro de esas coordenadas. Hasta ahora.

### 2. La apertura de cada una de las fronteras tradicionales

Hoy, sin embargo, se han visto desbordados los tres diques que lo contenían en esas funciones, ciertamente limitadas. Ninguno de ellos ha permanecido incólume al impacto.

El Derecho Administrativo contemporáneo, en efecto, ya no se concibe a sí mismo como un sistema aislado, encerrado en los esquemas y conceptos que lo vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional (i), concentrado en el ejercicio de poder o de autoridad (ii), y como Derecho de aplicación

cuasi-mecánica de una omnisciente legislación primaria (iii). Ninguna de esas tres coordenadas ha permanecido inalterada a lo largo del tiempo<sup>22</sup>.

Como simple recordatorio de fenómenos conocidos:

- La acción administrativa es también supranacional. De un lado, el “espacio exterior” está poblado de toda clase de organizaciones públicas, privadas y mixtas, que cumplen relevantes funciones más allá del Estado (piénsese, por ejemplo, en el Comité de Basilea). De otro, en el “espacio interior” las Administraciones nacionales gestionan indirectamente el Derecho emanado al otro lado del Estado (Unión Europea, OMC...).

- La acción administrativa es también ajena al ejercicio del poder o autoridad en numerosos ámbitos, como sucede en el caso de actividades regulatorias de carácter no vinculante (Derecho blando, por ejemplo), y en el de la prestación directa de servicios públicos, tareas ambas que comparte con los sujetos privados (establecimiento de estándares, sectores regulados...).

- La acción administrativa desborda lo puramente ejecutivo, hasta adquirir en tantas políticas públicas un papel directivo y protagonista de indiscutible relevancia (ya desde antaño en el urbanismo o en el planeamiento territorial; más modernamente, en el medio ambiente, la seguridad pública, alimentaria, en la regulación de los mercados financieros...).

Para una mayor ejemplificación, véase el cuadro 1.

CUADRO 1:  
EJEMPLIFICACIÓN DE LOS NUEVOS ESPACIOS ABIERTOS PARA EL DERECHO  
ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA CIENTÍFICO

---

<sup>22</sup> Para mayor abundamiento véase la obra colectiva: J. Barnes, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, capítulos primero, segundo y cuarto (parte segunda y tercera).

AYER	HOY (además)	NUEVAS FRONTERAS	EJEMPLOS
Derecho típicamente nacional	Derecho con proyección más allá del Estado	Apertura de la frontera entre el Estado y el espacio exterior: espacio administrativo supraestatal (como la Unión Europea), y arena global	<p>Hoy existe una intensa <i>vida exterior de la Administración pública</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Mercados financieros</li> <li>- Contratación</li> <li>- Comercio internacional</li> <li>- Internet (ICANN)</li> <li>- ISO / GlobalGAP</li> <li>- Derecho deportivo</li> <li>- Medio Ambiente</li> <li>- Seguridad aeronáutica o alimentaria</li> </ul>
Derecho del poder (el ejercicio de autoridad como "unidad de medida")	Derecho que se aplica más allá del ejercicio del poder, de las potestades administrativas, tanto a las Administraciones como a determinados sujetos privados (aun cuando unos y otros no ejerzan poder propiamente)	<p>Apertura de la frontera entre el Estado y la sociedad: de una separación de ambas esferas, a la corresponsabilidad y cooperación público-privada</p> <p>A los actores públicos sujetos al Derecho privado se le imponen determinados principios, valores o reglas de origen público (contratación como poder adjudicador, transparencia y rendición de cuentas...). De modo análogo, el actor público se somete al Derecho público aun cuando no ejerza autoridad (elaboración de Derecho blando).</p> <p>A los actores privados se le reconocen relevantes funciones regulatorias (autorregulación / co-regulación) y, en consecuencia, se le habrán de exigir la observancia de ciertos valores, principios o reglas.</p>	<p>Hoy existe una intensa <i>vida privada de las Administraciones públicas</i> (sujeta al Derecho privado bajo la influencia del Derecho Administrativo):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Por ejemplo: cuando la Administración se viste de "civil" y deja el uniforme (sociedad mercantil que presta un servicio público de transporte urbano o de gestión aeroportuaria).</li> </ul> <p>Hoy existe una intensa <i>vida pública de los sujetos privados</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Por ejemplo, cuando la organización privada participa en la cadena regulatoria (ISO, GlobalGAP, asociaciones profesionales...).</li> <li>- Por ejemplo, cuando la empresa privada (sectores regulados) presta servicios de interés general (sometimiento a los principios de la contratación administrativa...)</li> </ul> <p>Hoy existe una intensa <i>vida pública de la Administración pública de carácter no vinculante o imperativo</i> (sometida al Derecho Administrativo):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuando la Administración no ejerce autoridad propiamente (Derecho blando).</li> </ul>

AYER	HOY (además)	NUEVAS FRONTERAS	EJEMPLOS
<p>Derecho de vocación "ejecutiva" o de aplicación cuasi-mecánica de una legislación que todo lo sabe (esquema bifásico: legislación - ejecución)</p>	<p>Derecho que va más allá de la aplicación de una ley; la ley y el Derecho ya no lo guían todo</p>	<p>Apertura de la frontera legislación - ejecución: emergencia de una poderosa Administración en la realización de numerosas políticas públicas.</p> <p>Del esquema "bifásico" (legislación-ejecución) al circular: establecimiento de prioridades - debate de opciones y alternativas - implementación - ejecución - seguimiento y valoración - reforma y revisión)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho de la producción normativa infralegal (desde mediados del siglo XX).</li> <li>- Derecho del planeamiento territorial y urbanístico (desde mediados del siglo XX)</li> <li>- Derecho que se preocupa por la política regulatoria, de "regular mejor" (evaluaciones de impacto regulatorio...).</li> <li>- Derecho que impone deberes al Gobierno antes de remitir proyectos de ley al parlamento (reforma constitucional francesa de 2008; la Directiva europea de Evaluación Estratégica Ambiental exige la participación del público antes de que el proyecto de ley sea remitido al parlamento; ...)</li> </ul>



### 3. Desplazamientos y pluralidad de centros de gravedad

En síntesis, podríamos expresar esa *gran expansión* –y la pluralidad de centros de gravedad que de ella se sigue- del siguiente modo:

- De un Derecho (sólo) nacional a (también) un Derecho supraestatal y global.
- De un Derecho (sólo) público, a un Derecho (también) privado, y en donde importa no sólo la acción administrativa sometida al Derecho privado, sino asimismo la acción privada sujeta al Derecho Administrativo.<sup>23</sup>
- De un Derecho (sólo) de ejecución o aplicación, a (también) un Derecho de realización de políticas públicas.<sup>24</sup>

Y, a partir de ahí, podríamos añadir otros deslizamientos de la disciplina tradicional, en realidad consecuencia de los primeros, tales como:

- De un Derecho esencialmente forense, centrado en el control judicial, a un Derecho (también) rodeado de otros controles previos o preventivos y a estructuras o estrategias que evitan la patología.<sup>25</sup>
- De un Derecho “contra” la Administración a un Derecho (también) de la eficacia, del acierto, de la excelencia de las acciones administrativas.
- O, lo que es lo mismo, de un Derecho de contenido (sólo) negativo y defensivo (lo que está prohibido), a un Derecho (también) de carácter positivo y prestacional.<sup>26</sup>

Los ejes, en definitiva, se desplazan; surgen otros puntos de interés, nuevas tareas que acometer. El Derecho Administrativo como ciencia del siglo XXI se encuentra en su infancia.

## III. SEGUNDA TESIS: TRES MODOS DE SER DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

---

<sup>23</sup> *Infra* III.1. A mayor abundamiento, puede verse mi trabajo “¿Le importan al Derecho Administrativo las organizaciones y los procedimientos sujetos al Derecho privado?”, en la obra colectiva *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit., pp. 305 y ss.

<sup>24</sup> Véanse algunos ejemplos en el cuadro 1.

<sup>25</sup> Por ejemplo, además de los controles de disciplina financiera, o contable, por ejemplo, el control del público sobre la Administración actuante, por medio de la transparencia y el acceso a la información (en materia de medio ambiente, como dispone el Convenio de Aarhus), y de la participación en las distintas fases del ciclo de la política pública; control de una Administración sobre otra (como sucede entre la Administración medioambientalmente responsable que vigila y supervisa el procedimiento de la Administración interviniente o competente, en el ámbito de la evaluación estratégica ambiental); etc.

<sup>26</sup> Sobre ello volvemos en el último epígrafe.

Si hubiéramos de hacer un relato corto, o un microrrelato, de la historia del Derecho Administrativo como rama del Derecho positivo y como sistema científico, podríamos distinguir tres períodos, en realidad cumulativos y superpuestos, cada uno de los cuales trae o aporta nuevos materiales en derredor de un centro de gravedad distinto.

Así, por justa convención, cabría hablar del período “clásico”, “moderno” y “contemporáneo”. El primero, con el que da comienzo la historia del Derecho Administrativo, se correspondería con lo que vendríamos en denominar “Derecho administrativo de la defensa individual” (desde el siglo XIX hasta nuestros días); el segundo, con un “Derecho Administrativo de la defensa colectiva” (desde mediados del siglo XX hasta el presente); y, el tercero, con un “Derecho Administrativo del trabajo en común”, o de la cooperación y la corresponsabilidad, período este último en el que emerge la globalización, tal y como hoy la conocemos, así como la transferencia al sector privado de nuevas tareas y responsabilidades.

No se trata de sistemas excluyentes o alternativos, como se ha notado, sino de dimensiones y procesos que se suman, conviven y solapan en el tiempo. Eso sí, ponen el acento en perspectivas diversas.

#### 1. Derecho Administrativo de la “defensa individual” (de protección de los derechos individuales)

(i) El período clásico, cuyos rasgos fundamentales han llegado hasta nuestros días, tiene su eje en la acción administrativa unilateral –simbolizada en el clásico acto administrativo– y en la correspondiente defensa del individuo frente a esta manifestación del poder (del ejecutivo y de la Administración, en primera instancia).

Las relaciones entre el Estado y el ciudadano son de carácter esencialmente *bilateral* (Administración-ciudadano) y así se expresan en todas las instituciones originarias (acto, procedimiento, contrato, concesión, licencia...). Al Derecho le preocupan las dos caras de una misma medalla: la acción de la Administración en sus relaciones con el ciudadano, de un lado<sup>27</sup>, y la racionalización del peso o impacto que sobre el individuo produce esa acción, de otro<sup>28</sup>. Es en suma un Derecho Administrativo de la tutela y protección individuales, un Derecho Administrativo de contenido negativo o de

---

<sup>27</sup> Así, la actividad administrativa de policía.

<sup>28</sup> Por ejemplo, mediante los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad..., o tantas otras instituciones, singularmente la de los derechos subjetivos.

prohibición (lo que la Administración puede o no hacer), o, por decirlo en forma gráfica, de la “luz roja” o de la “prohibición de circulación”.

(ii) En estas claves se engasta el sistema conceptual del Derecho Administrativo tradicional que nos legara el Estado liberal, y cuya principal aportación consistirá en las formas embrionarias del Estado de Derecho, con todo lo que ello entraña y significa de aporte en punto a un progresivo avance en diversos frentes: la creación y el reconocimiento de los derechos público-subjetivos, la conquista de la tutela judicial frente al poder público, el principio de legalidad o de sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho, la reserva de ley...

Desde este ángulo de *protección individual*, se construyen la teoría del acto administrativo (de gravamen o restrictivo de derechos, en particular)<sup>29</sup>; el procedimiento administrativo para su dictado<sup>30</sup>; la expropiación<sup>31</sup> o la responsabilidad extracontractual; la institución de la nulidad como vicio en origen, en el entendimiento de que sólo la retroacción defiende o repara la lesión producida sobre el individuo<sup>32</sup>; la contratación administrativa como sistema de garantías en más o en menos<sup>33</sup>; el régimen legal de la propiedad<sup>34</sup>; el principio de proporcionalidad, como escudo que modera la actividad limitadora<sup>35</sup>... El concepto mismo de “intervención” o “injerencia” del poder sobre la esfera de libertad –verdadera unidad de medida- responde a esta lógica de defensa. Es un Derecho administrativo concentrado –en cuanto sistema científico- en la fachada externa, en lo que sucede fuera del “edificio administrativo”. La organización interna, la preparación previa de lo que se exterioriza, presenta menos interés. Es de la “actividad externa” de la Administración de donde proviene la amenaza o el peligro.

(iii) La justicia administrativa, por consecuencia, se sitúa en el epicentro del entero sistema y acapara los mejores esfuerzos (y, dentro de aquélla, el foco de atención del control jurisdiccional se dirige a la discrecionalidad administrativa, en todas sus variantes o especies).

---

<sup>29</sup> Las clases de acto, por ejemplo, responden igualmente a la idea de defensa o protección: definitivo o de trámite, expreso o presunto, declarativo de derechos o restrictivo, firme y consentido, agota o no la vía administrativa, etc.

<sup>30</sup> Modelado a tal propósito a la luz del patrón del proceso judicial (civil o penal), como mecanismo de defensa.

<sup>31</sup> Concebido, entre otros aspectos, como procedimiento escalonado, de racionalización y ponderación de los distintos juicios que han de emitirse: presencia de interés general, necesidad de ocupación, justiprecio...

<sup>32</sup> Entendida como fórmula reparadora de la lesión cometida.

<sup>33</sup> Como sistema asimétrico, en el que frente a las órdenes y prerrogativas de la Administración (órdenes, modificaciones, interpretaciones... unilaterales), se levantan un conjunto de garantías en protección del contratista (equilibrio económico del contrato...).

<sup>34</sup> Así, al tiempo que la función social justifica o legitima la delimitación del contenido dominical, se establecen los límites o umbrales, a partir de los cuales esa delimitación se transforma en una intervención susceptible de compensación...

<sup>35</sup> Sobre el tema, véase el número monográfico de *Cuadernos de Derecho público*, núm. 5, 1998.

Se trata, en efecto, de un Derecho esencialmente formalizado (acto, procedimiento...) y de carácter forense. El acto administrativo no se entiende si no es en clave procesal<sup>36</sup>; como tampoco el procedimiento en vía de recurso; la desviación de poder; la construcción misma de la discrecionalidad y del concepto jurídico indeterminado, concebidos como mecanismos de control y síntesis de la divisoria o frontera entre el judicial y el ejecutivo y la Administración; etc.

(iv) La dimensión protectora no esconde, sin embargo, la otra cara de la moneda: la pretendida racionalización de la acción administrativa mediante esas mismas técnicas, para una acción más eficaz o eficiente, una guía o protocolo para el personal al servicio de la Administración, o un mecanismo de control y disciplina interna. Así sucede con las reglas de procedimiento (para el otorgamiento de autorizaciones; la resolución de una reclamación económico-administrativa; la adjudicación de obras públicas, la concesión de servicio público...); o con la configuración de un moderno esquema expropiatorio para legitimar la realización a gran escala de ingentes obras públicas; etc.

(v) Por lo demás, en la protección de los derechos individuales, la sombra y el influjo del Derecho privado sobre el Derecho Administrativo resultan alargados. No es sólo que la dogmática del Derecho Administrativo sea tributaria desde sus inicios de la dogmática del Derecho privado (acto, contrato, bienes, propiedad, derecho subjetivo, personalidad jurídica, etc.). Es también la cultura iusprivatista que planea e impregna aún hoy sobre el análisis y el enfoque de tantas cuestiones, en ocasiones innecesariamente.<sup>37</sup>

## 2. Derecho Administrativo de la “defensa colectiva” (de tutela de derechos, principios y valores de carácter colectivo).

(i) En el segundo tercio del pasado siglo comienza paulatinamente a cobrar relevancia la tutela de bienes, intereses, valores y derechos de carácter colectivo. El medio ambiente, la sanidad, la cultura, la creación de empleo, la defensa de la competencia, la urbanización de la ciudad, o la seguridad en el trabajo, no son sino simples muestras de un movimiento de enorme calado. Es la Administración la que emprende la defensa de esos valores, dando surgimiento así al “Derecho Administrativo de la tutela colectiva”. Es el

---

<sup>36</sup> Hasta las mismas clases de acto responden a su fiscalización o impugnación ulterior: acto que agota la vía administrativa, acto firme y consentido, acto de trámite y acto definitivo, etc.

<sup>37</sup> Por ejemplo, el Derecho Administrativo no se ha sustraído a la lógica de la codificación civil cuando piensa en codificar el procedimiento administrativo o el medio ambiente; a la perspectiva del análisis comparado característico del Derecho privado; a la exclusiva función binaria del Derecho: bueno-malo, legal-ilegal; como tampoco a la idea de la nulidad absoluta como vicio en origen.

Derecho que acompaña a la creciente industrialización, a la producción en masa, al nacimiento de una clase media, a la instauración del Estado del bienestar. No se trata primariamente, como en el período anterior, de prevenirse frente a la Administración, sino de hacer realidad esos valores a través de ella. No es “contra” la Administración, sino “a través de” ella.<sup>38</sup> El ángulo cambia.

(ii) Aun cuando estos bienes, principios o valores objetivos sean susceptibles de “individuación” o de subjetivización –de conversión en derechos subjetivos e individuales (derecho a la competencia, derecho al medio ambiente...),<sup>39</sup>-, sobresale su dimensión colectiva, como colectivo o de conjunto es su adecuado tratamiento o respuesta. Se pasa del Estado liberal, en el que la Administración resuelve caso a caso, al Estado “industrial”, basado en un modelo regulatorio mucho más complejo, y en el que se pretende hacer frente a las incertidumbres y riesgos de carácter tecnológico, ambiental, o económico.

(iii) El reglamento y, más ampliamente, la norma administrativa (planes económicos, programas, planeamiento territorial y urbanístico...), adquieren, a partir de la segunda mitad de la pasada centuria, una inusitada intensidad, hasta convertirse característicamente en el fenómeno de gobierno más trascendente de la Administración moderna del siglo XX.<sup>40</sup>

(iv) Se trata de una Administración que realiza políticas públicas para toda la población y no sólo actúa para una pluralidad determinada de destinatarios; que establece programas, planes, o reglamentos de toda clase; que interviene activamente en la vida económica... Es la época también de la “euforia planificadora”. Las relaciones no son ya predominantemente bilaterales, sino multilaterales y de masas. La participación en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales o en el planeamiento territorial y urbanístico; la proliferación de complejos procedimientos; o la independencia de las agencias compuestas por técnicos, entre otros, constituyen expresión de ese Derecho de la “defensa colectiva”. Si el símbolo de la “modalidad” de la defensa individual es el acto, aquí lo es el reglamento.

(v) Es, por contraste con el anterior, un Derecho administrativo que (también) mira hacia adentro, que parece concentrarse en la “actividad

---

<sup>38</sup> Lo cual no impide, como es obvio, la reclamación o la defensa frente a un reglamento, por ejemplo.

<sup>39</sup> En ocasiones para servirse del ciudadano como “agente colaborador: por ejemplo, la defensa de la competencia se traduce en derecho subjetivo con un cierto carácter estratégico o de colaboración del sujeto económico afectado por prácticas contrarias a la misma.

<sup>40</sup> *Vid.* Peter Strauss, “Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.”, en J. Barnes (editor), *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008.

interna”, ya que en el fondo piensa que lo que se halla dentro del edificio a éste pertenece y no afecta a los derechos individuales.

(vi) Es, en términos comparativos, un Derecho Administrativo menor –en razón de su extensión- y, sin duda, menos evolucionado –si se mira al instrumental a su servicio-. El Derecho privado no sirve aquí de modelo. No es una dogmática, que, como la primera, gire en torno a un eje (allí, en derredor del control judicial).

Por citar un simple ejemplo, puede notarse que la participación en la elaboración de disposiciones generales, con notables excepciones en el panorama comparado<sup>41</sup>, ha sido durante décadas un tanto rudimentaria: representa una participación tardía (cuando ya está confeccionado el “producto”)<sup>42</sup> y puntual (esto es, concentrada en un solo elemento formal, y no abierta al ciclo completo de la actividad)<sup>43</sup>. En realidad, resulta ser una participación “pro forma”, dentro de un proceso jerárquico (de arriba hacia abajo), en el que no parece percibirse la necesidad de recabar del sector privado la información que éste posee, para la adopción de una decisión bien informada.

(vii) Se trata aún de una Administración autárquica, que sabe lo que quiere, y cómo lograrlo. Aquí reside el punto crítico entre esta modalidad y nuestro tiempo. En esta modalidad estamos aún ante la Administración que concibiera Max Weber, la del dominio sobre el saber técnico y especializado<sup>44</sup>.

Esta situación, sin embargo, se verá por completo superada de forma progresiva desde el último tercio del siglo XX en numerosos ámbitos, hasta el punto de invertirse: ninguna Administración o agencia nacional sabe todo lo necesario, ni tiene la capacidad para conseguirlo, en amplios sectores de la realidad. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero es suficiente para refrendar tal aseveración con recordar los mercados financieros, o de servicios; el

---

<sup>41</sup> Es el caso norteamericano, refrendado, más que inaugurado, con la Ley federal de Procedimiento Administrativo, de 1946, y en el que desde finales de siglo XIX las agencias y sus procedimientos se conciben como maquinarias de obtención de la información necesaria en manos del sector privado. Cfr. J. Barnes, *Tres generaciones de procedimientos administrativos*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, capítulo primero.

<sup>42</sup> Valga la imagen gastronómica: el plato está ya cocinado, y apenas cabe añadir sal y pimienta.

<sup>43</sup> No se extiende a la fijación de prioridades o de agenda; al estudio y debate de opciones y alternativas; a la evaluación de cada uno de ellas por su impacto regulatorio; a la adopción e implementación de la finalmente asumida; al control y seguimiento; reforma y revisión; etc. Piénsese, por ejemplo, en el art. 24 de la Ley española 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, expresivo de ese estado de cosas, ciertamente generalizado, aunque en evolución a instancias de organizaciones supranacionales, como la Unión Europea, o internacionales, como la OCDE.

<sup>44</sup> “El gran instrumento de la superioridad de la Administración burocrática es éste: el saber profesional especializado, cuyo carácter imprescindible está condicionado por los caracteres de la técnica y la economía moderna (...). La Administración burocrática significa: dominación gracias al saber”. Cfr. Economía y sociedad, 10ª impresión, 2ª ed. español, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1994. *Apud* J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 79. Obra magna del insigne autor que fue publicada en Alemania, nótese bien, después de su muerte, entre 1921 y 1922.

comercio internacional; la seguridad pública, alimentaria o aeronáutica; las telecomunicaciones o Internet, el medio ambiente...<sup>45</sup>

### 3. Derecho Administrativo del “trabajo en común” (o de la “cooperación necesaria” interadministrativa y público-privada)

(i) El “Derecho Administrativo del trabajo en común” surge, pues, por “necesidades del guión”: la interdependencia social, económica, ambiental o informativa, en que consiste la globalización, reclama la colaboración de todos, de autoridades nacionales y supranacionales, de organizaciones públicas, privadas y mixtas, dentro y fuera de las fronteras.

En este contexto cabe concebir la globalización como un fenómeno o situación de mutua dependencia, la cual, a su vez, puede ser fruto, bien de una opción política largamente esperada (por ejemplo, la apertura del comercio internacional)<sup>46</sup>; bien de una forzosa coordinación por razones técnicas para el funcionamiento mismo del sistema (como sucede con la gobernanza de Internet)<sup>47</sup>, o porque la naturaleza de las cosas así lo reclama (la lucha contra el cambio climático, contra una pandemia); bien consecuencia de una deseada cooperación internacional entre agencias regulatorias nacionales, por razones de economía de medios (como propugnan los EE.UU. o la Unión Europea)<sup>48</sup>; o bien de la necesaria aportación de los conocimientos científicos y técnicos del sector privado para la adecuada toma de decisiones (en materia de seguridad alimentaria, salud pública, medicamentos...); etc. La autarquía y la autosuficiencia pertenecen al pasado. La Administración nacional –un banco central, un organismo regulador de las telecomunicaciones, una agencia de protección del medio ambiente, una agencia del medicamento...- no lo sabe todo, no lo puede todo.

---

<sup>45</sup> Sobre esta temática, y desde una perspectiva diferente, insiste J. Esteve Pardo, en algunas obras de referencia. Recientemente, J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 79: “La realidad nos demuestra que desde tiempos muy recientes el dominio sobre el conocimiento científico y técnico, con el inmenso poder que de él se deriva, se sitúa fuera de la Administración, extramuros del Estado.”

<sup>46</sup> Para, a su vez, evitar la discriminación, la práctica desleal, o los daños medioambientales, o favorecer la competencia y a los países en desarrollo, como propugna la OMC.

<sup>47</sup> P.ej., la ICANN o *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, que, según su propia página oficial, *is the private sector, non-profit corporation created in 1998 to assume responsibility for IP*.

<sup>48</sup> Con la finalidad de encontrar mejores soluciones, ahorrar costes y evitar diversidades regulatorias innecesarias. Paradigmático, por ejemplo, Executive Order 13609 of May 1, 2012, *Promoting International Regulatory Cooperation*, del Presidente Obama (disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-05-04/pdf/2012-10968.pdf>). Por parte de la Unión Europea, y en relación con EE.UU. en igual sentido, véanse las actividades y documentos destacados en las respectivas webs oficiales: [http://www.whitehouse.gov/omb/oira\\_irc\\_europe](http://www.whitehouse.gov/omb/oira_irc_europe) y [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/regulatorycooperation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/regulatorycooperation/index_en.htm).

(ii) Este fenómeno se puede explicar o comprender –al menos en parte– desde otros ángulos y teorías, como los que expresa la “sociedad del riesgo”, y de acuerdo con la cual la vida y la supervivencia en el horizonte del riesgo global exigen superar la lógica del “nosotros-ellos” y reconocer en el otro a un socio con el que cooperar, un socio al que se necesita (aunque sea ante la amenaza del riesgo), y no como un competidor o un enemigo, sea ello a nivel interestatal o interadministrativo, o sea en el plano vertical entre la esfera estatal y la supraestatal.<sup>49</sup>

(iii) Desde la perspectiva del “Derecho Administrativo del trabajo en común”, la cuestión no se agota en la acción exterior de las Administraciones nacionales, cualesquiera que sean los foros o sistemas en que se asienten o traben sus relaciones. La colaboración –o, mejor, la “corresponsabilidad regulada”– del sector privado con el público constituye un elemento consustancial, a un lado y a otro de las fronteras nacionales. En otras palabras: no es ya que las agencias u organismos reguladores se necesiten mutuamente en tantos ámbitos a nivel nacional, supranacional e internacional, sino que la relación de dependencia recíproca se da igualmente entre la esfera pública y la privada (como se acredita, por ejemplo, en los mercados financieros)<sup>50</sup>. A su disciplina y racionalización habrá de contribuir el Derecho Administrativo de este tercer período.

En la explicación tradicional a los actores privados se les reconocía una función ciertamente limitada: los ciudadanos, las empresas o los grupos de intereses intentan influenciar las normas, hacer valer sus intereses, y una vez finalizado el proceso, o las acatan o las impugnan. Desde hace algunas décadas, sin embargo, la doctrina ha venido observando que los actores privados participan activamente en la cadena regulatoria, tanto en el plano del establecimiento de estándares y criterios, como en el ámbito de la implementación, de la evaluación y seguimiento, y de su cumplimiento y revisión.<sup>51</sup>

(iv) La incertidumbre y el no-conocimiento, el riesgo como amenaza, o la mayor escala de numerosos problemas económicos, sociales, medioambientales o tecnológicos, constituyen buena parte del nutriente que alimenta esta nueva modalidad del Derecho Administrativo, marcada por la

---

<sup>49</sup> Cfr. Ulrich Beck, *Una Europa alemana*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 2012, p. 52.

<sup>50</sup> Por ejemplo, organismos reguladores nacionales y supranacionales en materia de bancos, seguros, bolsa o riesgos sistémicos; FMI, Banco Mundial o Comité de Basilea... O, del lado privado, las asociaciones nacionales e internacionales en materia de contabilidad, la gobernanza corporativa de las entidades financieras, las agencias de calificación crediticia, etc.

<sup>51</sup> A título de ejemplo, Michael P. Vandenberg, *THE PRIVATE LIFE OF PUBLIC LAW*, 105 *Colum. L. Rev.* 2029 (2005); o los trabajos de Jody Freeman en la materia, en particular *EXTENDING PUBLIC LAW NORMS THROUGH PRIVATIZATION*, 116 *Harr. L. Rev.* 2002-2003. Desde otra área cultural, puede verse Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996. Véase más abajo la nota ...



idea de “cooperación necesaria”. Y ello en un contexto de una sociedad mucho más ambiciosa, compleja y exigente que la que viviera la industrialización del siglo XIX, en términos de calidad de vida: salud pública y educación, alimentación y vivienda, medio ambiente y patrimonio histórico, transporte y comunicaciones...

(v) Si la situación de interdependencia y mutua necesidad se dejan sentir con fuerza a resultas de esos factores apenas esbozados, con mayor razón la ponen en evidencia cuando surge la crisis y tantos Estados se han endeudado sin observar límite jurídico alguno, cuestionando ahora la pervivencia del estado actual del Estado social. “Mientras el Derecho no opone resistencia apreciable a la capacidad de endeudamiento frente a sus propios ciudadanos, éstos exigen a un tiempo en cada elección mayores prestaciones y menos impuestos. El Estado se desliza entonces por el cómodo plano del endeudamiento.”<sup>52</sup>

(vi) La magnitud de los problemas, la amenaza del riesgo, o la incertidumbre, ahora la crisis..., desembocan igualmente en la idea de *eficacia*. No basta con cumplir. No basta con respetar los derechos individuales. Es necesario conseguir los resultados deseados, acertar.

(vii) El símbolo aquí lo constituye el trabajo en red, una malla de actores públicos, privados y mixtos, que se insertan en complejas cadenas regulatorias. Cada actor aporta una pieza al conjunto. Esa es la imagen que representan hoy, por ejemplo, la regulación de los mercados financieros, de los servicios económicos, del medicamento, o de los alimentos, de la industria aeronáutica...<sup>53</sup>

El “Derecho Administrativo del trabajo en común” hará uso de procedimientos compuestos, en los que participan autoridades nacionales en las distintas fases; de principios o componentes procedimentales de última generación que guíen la acción de los sujetos privados que participan en tareas regulatorias; de evaluaciones de impacto regulatorio; de mecanismos de medición, control y seguimiento de los efectos que producen las resoluciones adoptadas; de organizaciones más abiertas y ágiles, que trabajan en red; etc.<sup>54</sup>. Es un Derecho, por ejemplo, que no se preocupa sólo del límite -de la

---

<sup>52</sup> *Cfr.* Paul Kirchhof, en el artículo, sobre la crisis de la Unión Europea, “Verfassungsnot”, en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 12 de julio de 2012, en el que llama la atención sobre la inobservancia del Derecho como factor que ha contribuido a la crisis. A renglón seguido de la cita (traducida literariamente), añade que el Derecho, sin embargo, reclama que se nivelen los presupuestos; y obliga al Estado a no darle a los ciudadanos más de lo que puede recaudar fiscalmente.

<sup>53</sup> Me remito, a mayor abundamiento, al capítulo cuarto “Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho privado, procedimientos de tercera generación”, de J. Barnes, en la obra colectiva ya citada *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, pp. 257 y ss., 265 y ss., 281 y ss., 305 y ss., 354 y ss.

<sup>54</sup> J. Barnes, *Tres generaciones de procedimientos administrativos*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2013.

prohibición de exceso (principio de proporcionalidad en sentido clásico)- para ocuparse también de la prohibición de defecto, que prohíbe “quedarse corto” en la tutela y consecución de determinados valores o bienes; que no se limita al acto administrativo nacional, unilateral, estable y meramente aplicativo, porque le interesa también el acto administrativo transnacional, pactado, provisional y fuente del Derecho...

#### 4. Una conclusión parcial

##### a) Tres modalidades que coexisten

No se trata obviamente de tres “Derechos Administrativos”, pero sí de tres funciones o “modos” diversos, que marcan su correspondiente personalidad y le otorgan una cierta fuerza atractiva; en definitiva, una clave explicativa que vertebra un conjunto heterogéneo aparentemente inconexo: la defensa de derechos público-subjetivos e intereses legítimos (i)<sup>55</sup>; la defensa de valores colectivos y difusos, de derechos-principios rectores... (ii)<sup>56</sup>; la promoción del trabajo en común, la corresponsabilidad entre agencias, Administraciones y sector privado, y la sociedad civil (iii). Tres dimensiones en cierto modo irreductibles a la unidad de régimen y perspectiva.<sup>57</sup>

Una misma institución, técnica o principio –la transparencia, la participación, por ejemplo- se refracta en cada uno de esos modos, adquiere un color y sentido distintos: así, para el *Derecho Administrativo de la defensa individual*, la transparencia se resuelve por ejemplo en el acceso a los documentos y la participación en la audiencia del interesado y los derechos de defensa, esto es, responden a una evidente estrategia de tutela. En el *Derecho Administrativo de la defensa colectiva*, la participación (mediante asociaciones representativas de intereses, a través de trámites como la información pública...) sirven a la conformación del plan, programa o norma infralegal, que afecta a todo un sector o colectivo, no a la defensa de un derecho individual; pulsan el

---

<sup>55</sup> Piénsese en las técnicas jurídico-administrativas que sirven directa o inmediatamente a la tutela de los derechos constitucionales de primera generación, en particular de defensa (reunión, manifestación, asociación, propiedad y derechos e intereses de contenido patrimonial...); derechos de origen legal, creados o reconocidos por el legislador (como el derecho a acceder al expediente o a obtener información en manos de la Administración); derechos de origen administrativa (derechos reales otorgados mediante concesión: una concesión minera...). Entre tales técnicas cabría citar, por ejemplo, el procedimiento administrativo (procedimientos de autorización y de recurso; procedimientos expropiatorios; procedimientos de revisión; procedimientos de concurso para el otorgamiento de una concesión; etc.).

<sup>56</sup> A título de ejemplo, y paradigmáticamente, los derechos que, como principios rectores, figuran en la Constitución española de 1978 (art. 53.3), entre los arts. 39 y ss., tales como el derecho a la cultura, al medio ambiente, a la vivienda...

<sup>57</sup> Sobre los límites eventuales a una teoría general unitaria, *vid.* un breve apunte en J. Barnes, “INTRODUCCIÓN. Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, pp. 25 y ss., 56 y ss., 59 y s.

ambiente y pueden generar consenso. En el *Derecho Administrativo del trabajo en común*, la participación y la transparencia constituyen el presupuesto básico, como la sangre y el oxígeno, esto es, la condición necesaria para que exista la comunicación entre todos los actores implicados, en un esquema de interdependencia.

b) Cada modalidad, una forma de regulación y gobierno

Cada función entraña y reclama formas de gobierno diversas<sup>58</sup>. Una cosa es una Administración autárquica, estructurada en torno a organizaciones piramidales (propias, por ejemplo, de la actividad administrativa de policía) y otra, muy distinta, una Administración prestacional, que satisface por sí un servicio público (gestión directa); o garantiza un resultado aunque no lo preste (sectores regulados); como también lo es una Administración que trabaja en común, en red, dentro y fuera de las fronteras (mercados financieros, seguridad pública, aérea...).

El Derecho Administrativo de cada una de esas modalidades se sustenta, en última instancia, sobre modelos de *gobierno* en cierto modo diferentes: una Administración del ordeno y mando, de prohibiciones, órdenes y sanciones, de actividades sujetas a control previo (autorizaciones); una Administración que presta servicios públicos, de modo directo o indirecto, que busca un resultado en términos de calidad, universalidad y precio; una Administración que toma decisiones de consuno o con la participación de toda una malla de actores públicos y privados...<sup>59</sup>

E igualmente pivota sobre un modo de *regulación* en parte distinto. Por decirlo en forma muy simple:

- El Derecho Administrativo de la defensa individual se inscribe en el esquema más clásico, esto es, en el doble escalón que representa el binomio “legislación (parlamentaria) – ejecución (administrativa)”, en el que a la Administración le corresponde un papel esencialmente de mera aplicación, y situado en el segundo escalón.
- El Derecho Administrativo de la defensa colectiva, aunque anclado en igual presunción del par de conceptos “legislación-ejecución”, supone, sin embargo, un masivo desplazamiento de la legislación material, antes en el Parlamento, hacia la Administración, que conquista así una parte del primer escalón. En cierto modo, la legislación se desdobra en legislación formal (leyes

---

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

parlamentarias), más escasa en número abstractas, generales y con vocación de permanencia (i), y legislación material (normas infralegales), de mayor tecnicismo, detalle e inestabilidad (ii). El Derecho Administrativo es desde entonces el Derecho que tiene por objeto a la Administración, pero también es el Derecho que la Administración establece.<sup>60</sup>

- El Derecho Administrativo del trabajo en común se sitúa en una cadena regulatoria más compleja, en la que el doble escalón (legislación-ejecución) da paso a un ciclo continuo, compuesto por diversas “estaciones”, que no se dejan ya polarizar en torno a esos dos centros (legislación o ejecución): determinación de prioridades y agendas, elaboración de borradores o anteproyectos, aprobación, implementación, ejecución o aplicación, evaluación y supervisión, revisión y reforma...

### c) Desafíos científicos de la tercera modalidad

La modalidad que en términos científicos más retos plantea, no ya por ser la última en llegar, sino por su complejidad, es la “cooperativa”, la del trabajo en común. Aquí han de reelaborarse nuevas formas de dirección por parte del Derecho, nuevas fuentes, organizaciones, procedimientos, principios...<sup>61</sup> No es una mera operación de ensanche –sumar al sistema de la defensa individual y colectiva un nuevo esquema-, sino una verdadera transformación, como seguidamente se ilustra con algunos ejemplos.<sup>62</sup>

## IV. TERCERA TESIS: ALGUNAS PROPUESTAS, PERSPECTIVAS, Y MÉTODOS PARA LA RECONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Los ejes se han desplazado... La tarea del científico del Derecho Administrativo, pues, se ha hecho ingente; se requiere con urgencia un mapa que nos permita una mejor navegación.

---

<sup>60</sup> Sobre el tema, puede verse E. Schmidt-Aßmann, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, segunda edición, Global Law Press, 2012, pp. 38 y ss., y la bibliografía citada; así como J. Barnes, “Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del Derecho Administrativo”, *ibidem*, pp. 279 y ss., 302.

<sup>61</sup> Véase la nota anterior.

<sup>62</sup> *Infra* IV.

¿Por dónde empezar? ¿Qué método seguir? ¿Cuál es el bagaje intelectual requerido para emprender esa reforma científica?

Aquí no cabe sino esbozar algunas de las líneas de trabajo para la renovación científica, y no un sistema cerrado o completo (por definición irrealizable o inacabado), que pueda conducirnos a una paulatina *actualización* del Derecho Administrativo (en cuanto ciencia jurídica).

A este propósito, nos limitamos a apuntar tres tareas a realizar: la colonización de los nuevos espacios ocupados tras la rotura de los diques (i); la visión positiva o de la calidad (ii); y la formación y el diálogo interdisciplinar (iii); tareas todas éstas en realidad íntimamente encadenadas.

1. PRIMERA TAREA: ¿Qué hacer con los espacios abiertos por la rotura de los diques en que vivía encerrado el Derecho Administrativo clásico? ¿Cómo rellenarlos?

La misma pregunta presume, primero, que ha de hacerse algo que al Derecho Administrativo corresponde, y, segundo y aún antes, que los nuevos escenarios no constituyen una huida o fuga tras la rotura, algo que queda fuera del Derecho Administrativo para siempre, como si de un quebranto o detrimento se tratase.

Pues bien, la primera propuesta metodológica consiste en advertir que las *actuaciones* que han escapado del recinto comprendido entre esos tres diques, *han de ser disciplinadas con contenidos provenientes del Derecho Administrativo*, con las necesarias adaptaciones (y búsqueda de equivalencias).

A éste incumbe, en efecto, la tarea de juridificar la acción exterior de la Administración pública, sea formal o informal (y de organizaciones que realizan tareas equivalentes) (i); la acción administrativa y privada sometida al Derecho privado, en determinadas condiciones (ii); así como la alta dirección en la realización de nuevas políticas públicas que a la Administración se le atribuye (iii). (Cuadro 1).<sup>63</sup>

Dicho de otro modo, el Derecho Administrativo ha de redefinirse desde sus propios cimientos y premisas: no es sólo un Derecho *nacional*; no es sólo un Derecho del *poder* público; y no es sólo un Derecho de vocación meramente *ejecutiva* o aplicadora. Es, también, un Derecho que se proyecta *más allá del Estado*; es un Derecho que introduce sus esencias por los intersticios del

---

<sup>63</sup> Lo primero podrá dar lugar a expansiones como las que representan el denominado Derecho Administrativo Global o el Derecho Administrativo internacional. Lo segundo a la emergencia de un Derecho Administrativo más preocupado por la colaboración con el Derecho Privado. Y lo tercero a un Derecho Administrativo que se ocupa de la regulación en sentido amplio.

*Derecho privado*; y es un Derecho que se dispone a enfrentarse a una Administración que dirige y realiza políticas públicas de *altos vuelos*.

Esta tesis, siquiera sea brevemente, debiera responder a dos cuestiones, que ahora no pueden ser sino esbozadas:

- ¿Por qué ha de ocuparse el sistema del Derecho Administrativo de esas actuaciones que han salido del recinto de cuatro paredes en que se hallaban, a resultas de la porosidad del Estado hacia el exterior o “hacia arriba”, y hacia la sociedad o “hacia los lados”?
- Y ¿cómo ha de disciplinarlas jurídicamente, más que “recuperarlas”?

a) *Por qué rellenar esos espacios. ¿Una nueva identidad del Derecho Administrativo?*

(i) ¿Por qué el Derecho Administrativo no ha de seguir siendo lo que fue, un Derecho *nacional, público y ejecutor*? ¿Por un mero prurito de “caza y captura”, de reconquista de las pérdidas padecidas? Porque hasta ahora las escapadas, ya centenarias, al Derecho privado, más allá de los reproches doctrinales y jurisprudenciales de que ha sido objeto, y del levantamiento de ciertos límites y condiciones, no han deparado, parece, reacción alguna. El Derecho Administrativo no cruzaba la ralla.

La respuesta que ahora puede avanzarse en el presente trabajo ha de ser necesariamente un tanto esquemática y acaso superficial. Y reside, en primer término, en razones de orden práctico: la realidad desgajada del Derecho Administrativo tradicional, la que ha desbordado esos diques, puede ser dominada con los valores o experiencias del Derecho Administrativo, más que con ninguna otra rama.

Antes la regulación era pública e imperativa, o no era regulación –o eso se creía–; los servicios públicos se gestionaban de forma directa o indirecta por la Administración, pero sin la participación del mercado; la vida exterior conocida era la que protagonizaban un par de centenares de organizaciones internacionales, y todo lo demás parecía no existir. Antes el Derecho privado se presentaba no ya como un Derecho más flexible y libre, sino como un Derecho que giraba en torno a la propiedad, a cuyo servicio se hallaba la autonomía de la voluntad; era, pues, un Derecho “individualista”<sup>64</sup>. Hoy, en cambio, la regulación es pública, pero también privada; los servicios públicos se prestan en régimen de monopolio y en régimen de mercado; la vida exterior, ajena al Derecho internacional clásico, es de una inusitada intensidad.

---

<sup>64</sup> Vid. Paolo Grossi, *Los bienes: itinerantes entre la “modernidad” y la “posmodernidad”*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013 (en prensa).

Las instituciones clásicas del Derecho privado (propiedad...) han perdido la centralidad de antaño, y, sobre todo, han incorporado elementos indisponibles que lo aproximan a la cultura del Derecho público, y en cuya virtud pretende alcanzarse la colaboración en la consecución de valores que antes parecía monopolizar el Derecho Administrativo.<sup>65</sup>

En ese contexto, en efecto, la rama que mejor ha cultivado durante dos siglos el dominio del poder ejecutivo y administrativo; la dirección de los servicios públicos; y la disciplina de la regulación<sup>66</sup>, ha sido, sin duda, el Derecho Administrativo. De su sistema habrán de nacer, a nuestro juicio, y así está siendo de hecho<sup>67</sup>, los esfuerzos por disciplinar esos nuevos espacios que han estado por definición extramuros del Derecho Administrativo.

(ii) Pero no es sólo una cuestión de “experiencia”, esto es, de la experiencia acumulada por el Derecho Administrativo, potencialmente utilizable para supuestos análogos o equivalentes. Es, también, una cuestión de paralelismo de la acción pública y privada y de coherencia entre ambas y, por tanto, en última instancia, una cuestión de eficacia y de garantías:

- Si por razones de diversa índole una actividad de interés general pasa a prestarse en régimen de competencia, no por ello han de desaparecer los valores y principios que la presidían en régimen de monopolio (universalidad de la prestación, accesibilidad a un precio razonable, y a una calidad determinada, por ejemplo). Lo contrario sería incoherente. Una cosa es cambiar los medios para conseguir un fin, y otra, muy distinta, que el fin deje de perseguirse. Aquí resulta exigible un *paralelismo* en lo que hace a las garantías de resultado.

- La Administración y el sujeto privado van de la mano en numerosas actividades de servicio público (paradigmáticamente, en los sectores regulados), y en otras de carácter regulatorio (régimen de autorregulación privada, acompañados de mecanismos sancionatorios públicos...).

Y en la justa medida en que los sujetos públicos y los privados actúan en una misma cadena o red, como en los ejemplos que acaban de citarse, razones de coherencia y eficacia aconsejan a proceder con elementos equivalentes. Si en la regulación de todo un sector (servicios económicos en la Unión Europea, por ejemplo) se mezclan y concurren diversas estrategias regulatorias

---

<sup>65</sup> Garantías y contrapesos ante posiciones de supremacía material; representatividad de los sujetos que establecen regulaciones privadas; mecanismos de control; evitación de conflicto de intereses; etc.

<sup>66</sup> Reglamentos de toda clase, anteproyectos de ley, planes territoriales y urbanísticos, programas, instrumentos de planificación económica...

<sup>67</sup> *Infra* núm. IV.3.

(autorregulación regulada de los profesionales del servicio de que se trate a nivel comunitario, por ejemplo, con normas públicas actualizadas y nuevas formas de organización administrativa...), cada pieza se hace imprescindible, y su escasa calidad (en términos de valores, como la representatividad, motivación o control) de una de ellas, contaminaría a las demás. Lo mismo sucede en escenarios aún más familiares: la mejor legislación urbanística poco puede hacer si la gestión urbanística de un municipio es de escasa calidad. Aquí resultaría exigible, por efecto *dominó* y de *coherencia* del conjunto, la presencia de valores o principios a un lado y a otro de la ralla.

(iii) Todo ello plantea inevitablemente un problema de identidad, de deslinde del perímetro de la ciencia del Derecho Administrativo. Problema superable –razones prácticas aparte– porque no supone una opción meramente “adicionista”, sin método, ni rigor científicos, tal como se ha sugerido y más adelante se abunda.

#### b) Ampliación de los intereses científicos del Derecho Administrativo

De admitirse la hipótesis propuesta, al Derecho Administrativo como *sistema científico* le importan:

- Las actividades que realizan las propias Administraciones cuando hacen las maletas (la vida exterior de la Administración pública)<sup>68</sup>, pero también la actuación de organizaciones públicas, privadas o mixtas que operan más allá del Estado y que lo hacen materialmente –en parte al menos– como si fueren Administraciones.<sup>69</sup>
- Las actividades de las Administraciones públicas cuando trabajan en la cadena regulatoria sin hacer uso de su autoridad<sup>70</sup> (vida pública de la Administración sin ejercicio de autoridad).
- Las actividades de las Administraciones públicas cuando prestan servicios públicos en régimen de Derecho privado<sup>71</sup> (vida privada de la Administración), y las actividades de empresas privadas cuando prestan actividades de servicio público en régimen de competencia<sup>72</sup> (vida pública de los sujetos privados).

---

<sup>68</sup> Por ejemplo, cuando el banco central del Estado acude a Basilea, al Comité de Basilea.

<sup>69</sup> ICANN, ISO, asociaciones profesionales (abogados, arquitectos, ...), a escala comunitaria europea en régimen de autorregulación, Comité de Basilea, etc.

<sup>70</sup> Por ejemplo, cuando elaboran recomendaciones no vinculantes sobre la práctica de un cultivo de modo sostenible; un código de buenas prácticas; etc. (Derecho blando).

<sup>71</sup> Por ejemplo, una sociedad mercantil municipal constituida para prestar el servicio de transporte urbano.

<sup>72</sup> Paradigmáticamente, las empresas que se sitúan en los denominados “sectores regulados” (energía, telecomunicaciones, correos, etc.), en un esquema de “autorregulación regulada”.



- Las actividades de los actores privados (asociaciones, sociedades, fundaciones...) cuando participan en actividades regulatorias<sup>73</sup> (vida igualmente pública de los actores privados).

c) Nuevos pilares o ejes

(i) El Derecho Administrativo, pues, será el Derecho que regula el *ejercicio del poder* por parte de las Administraciones públicas –y de la administración de otros poderes del Estado– y, paralelamente, el Derecho del ejercicio de funciones públicas por los particulares. En otras palabras: es, y será, el Derecho que ha sido siempre. Pero es, desde este ángulo, también, el Derecho que regula el ejercicio del poder más allá del Estado (por ejemplo, el acto administrativo transnacional)<sup>74</sup>.

(ii) El ejercicio de poder, sin embargo, no constituye hoy la única “unidad de medida” o eje del Derecho Administrativo. Éste es susceptible de “activarse” aun cuando no se ejerzan potestades públicas.<sup>75</sup>

Y así comienza a suceder ya, a veces casi imperceptiblemente, en dos hipótesis: cuando el actor público o el sujeto privado participan en actividades regulatorias, en cualquier fase de la cadena regulatoria (elaboración de estándares no vinculantes; verificación; certificación; evaluación; revisión; etc.); y cuando uno y otro se involucran en actividades de servicio público (transporte urbano, energías, telecomunicaciones...).

*Poder, regulación y servicio público* constituyen tres ejes, que determinan –esta es nuestra propuesta y tesis para el debate– el interés del Derecho Administrativo. Son, pues, dos ejes más (regulación y servicio público) los que se suman al tradicional<sup>76</sup>. Ello significa, entre otras consecuencias en las que ahora no podemos detenernos, que la ciencia del Derecho Administrativo no se incardina sólo en el Derecho público en la medida en que no gira exclusivamente en torno al ejercicio del poder o autoridad.

Esta expansión no descansa en razones atemporales o metafísicas, sino en opciones del propio Derecho positivo, que se ha introducido en esos espacios. La dimensión prescriptiva del Derecho –¿qué hacer en términos de justicia?–

---

<sup>73</sup> Por ejemplo, ISO, GlobalGAP, ICANN, etc.

<sup>74</sup> Paradigmáticamente, en el espacio administrativo europeo; agencias europeas, Administraciones nacionales e indirectas, etc.

<sup>75</sup> Además de los ejemplos relacionados en el cuadro 2, puede verse, paradigmáticamente, el art. 1.bis de la Ley italiana de procedimiento administrativo, la 241/1990, en cuya virtud “La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.”

<sup>76</sup> El poder ejercido por las Administraciones, y excepcionalmente por particulares, y el poder de órganos constitucionales que no son Administración, pero tienen Administración, como el parlamento, o un tribunal constitucional. *Vid.* cuadro 2.

nos conducirá a avanzar por ese camino, para completar lo que el legislador ha podido dejar inacabado.

La acción de sujetos públicos sometida al Derecho Privado no deja indiferente al Derecho Administrativo (que exige, por ejemplo, la traslación de determinadas reglas a los poderes adjudicadores que no son Administración en sentido estricto), como tampoco la acción de los actores privados en determinados escenarios escapa a la influencia del Derecho Administrativo (que reclama, por ejemplo, que las asociaciones de profesionales en régimen de autorregulación sean representativas, actúen con transparencia, motiven sus decisiones...).

Puede decirse que la supuesta “enemistad” o separación entre ambas grandes ramas del Derecho (público y privado) es cosa del pasado. O, por mejor decir, la distinción con la que se inició la andadura del siglo XIX no era sino una consecuencia o expresión jurídica del reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad de aquella época. Uno y otro han guardado una coherencia interna.

A la corresponsabilidad y cooperación entre el Estado y la sociedad de nuestro tiempo, le sigue una alianza y complementariedad entre el Derecho público y el privado. Si un conjunto de actores públicos y privados participan en una misma cadena regulatoria (políticas de salud pública y del medicamento; de planeamiento, mercados financieros...), o se implican en actividades prestacionales de servicio público, parece lógico pensar que, en esa justa medida, participen correlativamente, desde sus respectivos ordenamientos, de ciertos valores comunes, que cada rama asumirá a su modo y manera.<sup>77</sup>

Para su ejemplificación y visión panorámica, nos remitimos al cuadro 2.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Un ejemplo elocuente lo constituyen las agencias de calificación de crédito, entidades privadas que participan en funciones regulatorias –de evaluación–, ejerciendo una función dentro de la cadena regulatoria de los mercados financieros, y, por consiguiente, han de estar sujetas a determinados principios o valores propios del Derecho Administrativo. Así lo ha entendido, por ejemplo, el Reglamento (CE) N.º. 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 17) (Corrección de errores DOUE de 9 de mayo de 2013), arts. 6 y ss.: ausencia de conflicto de intereses; transparencia de los métodos, modelos e hipótesis fundamentales de calificación; participación de expertos cualificados y prohibición de contratación; divulgación y presentación de las calificaciones crediticias; comunicaciones generales y periódicas; informe de transparencia; no cobro de honorarios por comunicación pública; etc.

<sup>78</sup> Puede verse mi trabajo “¿Le importan al Derecho Administrativo las organizaciones y los procedimientos sujetos al Derecho privado?”, en la obra colectiva *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit., pp. 305 y ss.

**CUADRO 2:**  
**EJEMPLIFICACIÓN DE LA INTERACCIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DEL DERECHO PRIVADO: ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SUJETA AL DERECHO PRIVADO Y ACTIVIDAD PRIVADA SUJETA AL DERECHO ADMINISTRATIVO**

	<b>Administraciones públicas</b>	<b>Actores privados</b>	<b>Derecho Administrativo aplicable</b>
<b>Poder público</b>  <b>(ejercicio de potestades administrativas)</b>	<p>Ejercido de autoridad, <i>imperium</i> o potestades públicas por las Administraciones dentro y fuera del propio Estado (por ejemplo, acto administrativo transnacional)</p> <p>(Potestades reglamentaria, recaudatoria, ejecutiva, sancionatoria, de expropiación, prerrogativas en la contratación...)</p> <p>Ejercicio de autoridad derivada de, y sujeta al, Derecho privado</p> <p>Por ejemplo, la atribución mediante contrato, en virtud del principio de libertad de pactos, a una sociedad mercantil de capital público titular y gestora de las infraestructuras aeroportuarias del Estado, de potestades de dirección de un aeropuerto concesionado a un tercero. El contrato (privado) entre esa sociedad mercantil y el concesionario permite, bajo ciertas reglas y condiciones, la interpretación, la dirección y la modificación unilaterales en beneficio de la primera</p>	<p>Ejercicio de potestades públicas por particulares</p> <p>(Entidades colaboradoras de la Administración)</p>	<p><i>Derecho Administrativo tradicional</i></p> <p>El ejercicio del poder o autoridad opera como doble válvula: lo reserva al Derecho Administrativo (por ejemplo: arts. 2.2 Ley 30/1992, de procedimiento; art. 251 del la Ley de Contratos del Sector Público desde 2007; Y consiente el uso instrumental del Derecho privado cuando no se ejerce tal poder.</p> <p>Principios y valores del Derecho Administrativo</p> <p>Respecto del ejemplo citado en la columna de la izquierda, trasvase o aplicación analógica de las garantías del contratista de la legislación de contratos, tales como la motivación en razones de interés general, límites absolutos, compensaciones, proporcionalidad, etc.</p>
	<b>Administraciones públicas</b>	<b>Actores privados</b>	<b>Derecho Administrativo aplicable</b>

<p><b>Regulación</b>  (realización de actividades regulatorias que no suponen ejercicio de poder propiamente)</p>	<p>Realización de actividades regulatorias por los sujetos públicos</p> <p>Por ejemplo, elaboración de Derecho blando.</p>	<p>Realización de actividades regulatorias por los sujetos privados:</p> <p>Sujetos privados en régimen de autorregulación (asociaciones profesionales, asociaciones de normalización de productos o servicios, ICANN,...).</p> <p>Sujetos privados que realizan actividades regulatorias de naturaleza certificadora, evaluadora, de control o seguimiento (certificaciones en materia ambiental; agencias de calificación de crédito; etc.).</p> <p>Empresa privada que instruye el procedimiento en el caso de actividades no sujetas a licencia, sino a comunicación. El ejemplo del art. 1.ter de la Ley italiana de procedimiento administrativo)</p>	<p>Principios y valores del Derecho Administrativo adaptados a actuaciones no necesariamente formalizadas o flexibles:</p> <p>Según los casos, transparencia, consultas públicas, representatividad, independencia, neutralidad y ausencia de conflicto de intereses, participación de expertos, motivación, control y rendición de cuentas...</p> <p>En esos supuestos, el sujeto privado se somete a los mismos principios que rigen para la Administración (cfr. ejemplo del art. 1.ter de la Ley italiana de procedimiento administrativo)</p>
	<p><b>Administraciones públicas</b></p>	<p><b>Actores privados</b></p>	<p><b>Derecho Administrativo aplicable</b></p>

<p><b>Servicios públicos</b>  (realización de actividades de servicio público)</p>	<p>Gestión directa de servicios públicos (sociedad mercantil de capital municipal que presta el servicio de transporte urbano)</p> <p>Gestión indirecta de servicios públicos (contrato de gestión de servicio público)</p>	<p>Ssectores regulados</p>	<p>Legislación de contratación administrativa (poder adjudicador) para contratar con terceros (publicidad y concurrencia)</p> <p>Criterios de mérito y capacidad para la selección del personal.</p> <p>Derecho Administrativo tradicional</p> <p>Legislación de contratos administrativos a partir de determinados umbrales</p>
--	---	----------------------------	--

d) *¿Cómo rellenar esos espacios? ¿De qué materiales? ¿Cómo ha de ser el proceso?*

Admitido que esos tres conceptos son relevantes para el Derecho Administrativo, que es tanto como decir que éste se interesa y activa, siempre que nos encontremos con el *poder*, con *actividades regulatorias*, o con actividades de *servicio público* (sean operadas, nótese bien, por sujetos privados o públicos, dentro o fuera de las fronteras estatales), el administrativista habrá de resolver, seguidamente, una cuestión conexas, a saber: cómo realizar la sistematización científica –la juridificación– de esos nuevos espacios, hasta ahora desconocidos e invisibles para el radar del Derecho Administrativo tradicional.

Si no se ejercía poder o autoridad, si la Administración recurría al Derecho blando, si se reunía informalmente en el exterior, si el sujeto privado regulaba, autorregulaba o corregulaba..., no salía sencillamente en la pantalla.

O salía como una patología o desviación del sistema, como si se tratase de una heterodoxia inevitable: sí, por ejemplo, según la versión oficial heredada del Estado liberal, la Administración es un poder puramente subordinado, guiado en todo por la previsión del legislador mediante el mecanismo de la subsunción (a modo de receta detallada), no pueden explicarse estos fenómenos sino como una anomalía, para la que apenas existe respuesta en el armario de herramientas, cuando la realidad, tozuda como es, pone de manifiesto que el planeamiento urbanístico y territorial, los planes de estudio universitarios, la política de seguridad aérea o alimentaria, o la regulación de los mercados financieros, entre tantas otras cosas, no son dirigidas por el legislador al viejo estilo y quedan en buena medida en manos de las Administraciones públicas. Y en donde, por cierto, la clásica doctrina de la discrecionalidad deviene pequeña.<sup>79</sup>

(i) A tal propósito, la estrategia, a nuestro juicio, no reside tanto (o no sólo) en la “extensión” pura y simple del Derecho Administrativo por terrenos nuevos (en las relaciones horizontales, por ejemplo, en el ámbito de los sectores regulados<sup>80</sup>, o por medio de organizaciones comunes con el sector privado o de contratos de colaboración público-privado)<sup>81</sup>, es decir, una extensión objetiva y subjetiva<sup>82</sup>, sino, sobre todo, en algo aún más ambicioso, a saber: en la “introducción” en el propio Derecho Privado de elementos,

---

<sup>79</sup> Sobre el tema, *vid.* más abajo “tercera tarea”.

<sup>80</sup> Por ejemplo, mediante 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.

<sup>81</sup> Supuestos éstos que podríamos caracterizar como “actuaciones externas”, en cuya virtud la empresa o el sujeto privado pierde autonomía. En el texto hacemos referencia, por el contrario, a lo que por convención podríamos denominar como “actuaciones internas”.

<sup>82</sup> Por todos, J. Esteve “La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria”, en *Revista de administración pública*, N° 189, 2012, págs. 11-40, así como su libro *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 183 y ss.

componentes, criterios o garantías cultivados en el Derecho Administrativo, con las necesarias -que no serán pocas- *adaptaciones*. Ello no es sinónimo de “publicar”, frente a la “huida”<sup>83</sup>. La actuación consiste más bien en una operación de *interiorización*: el sujeto privado, el Derecho privado, en colaboración con el Derecho Administrativo, ha de incorporar a su propia manera de ser, de pensar y de sentir, ideas o elementos provenientes del Derecho Administrativo, según los casos y circunstancias.

Es, pues, servirse del vehículo del Derecho Privado; o, si se quiere, “expandir valores públicos a través del Derecho Privado”<sup>84</sup>. Constituye un *proceso de adaptación* del Derecho Administrativo tradicional, esto es, de un trasvase, exportación o inoculación de los valores públicos sobre esos espacios, antes que de una proyección mimética o mecánica. Así, una fórmula puede ser, por ejemplo, la transposición de principios de *procedimiento* (consultas, transparencia, motivación...) y de *organización* (composición, representatividad, evitación de conflictos de intereses...) derivables del Derecho Administrativo, a la vida de asociaciones, fundaciones, o sociedades, que, en régimen de autorregulación, establecen estándares, o despliegan actividades de servicio público.<sup>85</sup> La aplicación de aquél no ha de ser, pues, mecánica y en bloque en

---

<sup>83</sup> Visión ésta que pone el acento en la “ralla”, en una suerte de divisoria perfecta o casi geométrica: o algo cae en una rama o en la otra. Ello olvida la complementariedad, convergencia y equivalencias, desde las respectivas lógicas.

<sup>84</sup> Tomo prestado el título del sugerente trabajo de Jody Freeman, “EXTENDING PUBLIC LAW NORMS THROUGH PRIVATIZATION”, *116 Harv. L. Rev.* 2002-2003.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

esos puntos de encuentro; se trata de una proyección más esencialista, en clave de principios o valores, de garantías de resultado.<sup>86</sup>

- Así, y a título de ejemplo, la acción administrativa más allá del Estado que se produce a través del Comité de Basilea, en el que se reúnen informalmente bancos centrales para adoptar criterios de supervisión bancaria de carácter no vinculante, habrá de incorporar, por analogía y con plasticidad, criterios cultivados en los Derechos Administrativos nacionales, tales como la transparencia, las consultas públicas o la motivación de las decisiones.<sup>87</sup> O las reuniones en el seno de la ICANN, organización privada con sede en California, para la gobernanza técnica de Internet (asignación de nombres de dominio), se sujeta igualmente a criterios trasvasados del Derecho Administrativo.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Es compartible y extrapolable a otros ámbitos, la afirmación de E. Schmidt-Aßmann, en su seguimiento de las tesis de A. Voßkuhle, aunque referida a la Administración que no presta directamente, sino que garantiza (como en los sectores regulados) según la cual, “lo singular y característico de esta forma de Administración que garantiza un resultado reside... 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 racionalidad.

.....

Las leyes que configuran este específico modelo de Administración y de Derecho Administrativo, afirma este autor (A. Voßkuhle), 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<sup>8</sup>. 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 instituciones del Derecho privado los equivalentes funcionales de las garantías propias del Derecho Administrativo clásico<sup>9</sup>. 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.”

Cfr. E. Schmidt-Aßmann, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit. pp. 107, 108 y ss.

<sup>87</sup> *Ibidem*, en particular pp. 265, 320. Para una introducción, *vid.* Michael S. Barr & Geoffrey P. Miller, “Global Administrative Law: The View from Basel”, *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.1 © EJIL 2006.

<sup>88</sup> Sobre la ICANN en general: <http://www.icann.org/es/all>; sobre su naturaleza (y composición): <http://www.icann.org/en/about/governance>. A nuestro limitado propósito, resulta obligada la lectura de sus estatutos: <http://www.icann.org/en/about/governance/bylaws>, en particular artículos I a IV.

Desde otra perspectiva y por espigar algunos ejemplos adicionales, conviene notar, por paradójico que pudiera resultar, que la globalización comienza “en casa” en no pocos casos. Y ello por múltiples razones. Entre otras, primero, porque el Estado, y sus Administraciones, así como las organizaciones privadas que se encuentran en su suelo, habrán de participar, con reglas de juego renovadas, en la fase ascendente y descendente en la formación de la voluntad (doble proceso éste subrayado en el ámbito de la Unión Europea y con frecuencia olvidado en tantas otras manifestaciones de la intensa “vida exterior”)<sup>89</sup>; segundo, porque la ley parlamentaria ha de contemplar este fenómeno para disponer las condiciones de las delegaciones, transferencias, reconocimientos o encomiendas<sup>90</sup>; tercero, porque la ejecución del Derecho más allá del Estado sigue siendo, en buena medida, interna; y, cuarto, porque, cuando la aportación de cualquier sujeto público o privado a nivel interno pueda presentar una dimensión global, habrá de incorporar responsablemente los principios y valores propios de la cultura jurídico-administrativa. Cuanto aquí se dice vale para el ejemplo antes traído de la participación del banco central en el Comité de Basilea.

- Que interesen al Derecho Administrativo determinadas acciones sometidas al Derecho privado de la Administración y de los actores privados no significa disolución de ordenamientos (público y privado) y trasvase indiscriminado de contenidos entre ambos, como ha quedado dicho, ni tampoco, añadimos ahora, que su control deba confiarse necesariamente a la justicia administrativa<sup>91</sup>. Hablamos de interés científico, de sistematización conjunta o comunicabilidad y de no aislamiento; de convergencia y de interdependencia.<sup>92</sup> Sobre ello abundamos seguidamente, en las conclusiones.

- La emergencia de la alta dirección de las Administraciones públicas en el ámbito de numerosas políticas públicas obligará a repensar la legitimidad democrática de la acción administrativa, las modalidades de control, o la adaptación de los esquemas de los procedimientos nacionales a procedimientos compuestos, en los que intervienen una pluralidad de Administraciones más allá del Estado...

---

<sup>89</sup> Piénsese, por ejemplo, en la participación del propio Banco central en el Comité de Basilea: si realmente, en la fase ascendente y descendente, antes y después de acudir a éste, somete sus planteamientos, propuestas o análisis a consultas...

<sup>90</sup> *Vid.* nota 18.

<sup>91</sup> Por ejemplo, los litigios que se suscitan en relación con las formas de prestación de servicios de interés general en los denominados sectores regulados, aunque incorporen valores jurídico-administrativos, no se ventilan ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino ante la jurisdicción ordinaria o civil.

<sup>92</sup> En estos casos, desde una perspectiva científica, podrán ser la teoría de la regulación y la teoría del servicio público las que desborden las concepciones “separatistas” de ambos ordenamientos, las que postulen una visión sistemática y de conjunto, una relación de mutua ayuda. Un mismo sujeto, privado o público, y en la secuencia de una misma actividad (contratación, aprobación de estándares...) podrá estar sometido a un tiempo al Derecho privado y al Derecho Administrativo.



(iii) Cuanto ha quedado dicho entraña, obvio es decirlo, que no todo es analogía y trasvase. Éstos habrán de tener también sus límites. La elasticidad y plasticidad de los conceptos y de las técnicas no es indefinida. Es más, la propia dogmática está sujeta a la revisión de la historia y no equivale a una codificación de elementos estables y abstractos (y a la postre vacíos de contenido). Se hace necesaria la sistematización, entre otras cosas, de categorías transversales o “pasarelas”, a las que seguidamente se hace referencia.

e) *Algunas consecuencias*

(i) Al nuevo Derecho Administrativo, pues, se le pide que cultive tres espacios, hasta ahora descolonizados, tras la ruptura de los diques:

- En primer lugar, que dé luz a la intensa vida que hay en el “espacio exterior”, más allá del Estado, y a las actividades internas relacionadas con esa dimensión (fase ascendente y descendente). Y a esa llamada acuden movimientos y proyectos, académicos o institucionales, con ángulos y finalidades diferentes, como el Derecho Administrativo Global<sup>93</sup>, el Derecho Administrativo Internacional<sup>94</sup>, o las iniciativas políticas en materia de cooperación entre agencias y organismos reguladores nacionales a nivel mundial<sup>95</sup>, con renovados mecanismos de procedimiento<sup>96</sup>.

- Se le demanda igualmente que ilumine, tienda puentes y colabore con la sociedad en una forma distinta, en la medida en que a ésta se le exigen y

---

<sup>93</sup> *Vid.* <http://www.iilj.org/GAL/> y el artículo “originario” (el *project overview article* en <http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>). En español, *vid.* la colección del mismo nombre en esta editorial.

<sup>94</sup> Cfr. capítulo primero, de Innovación y reforma, cit.

<sup>95</sup> Con la finalidad de encontrar mejores soluciones, ahorrar costes y evitar diversidades regulatorias innecesarias. Paradigmático, por ejemplo, Executive Order 13609 of May 1, 2012, Promoting International Regulatory Cooperation, del Presidente Obama (disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-05-04/pdf/2012-10968.pdf>). Por parte de la Unión Europea, y en relación con EE.UU. en igual sentido, véanse las actividades y documentos destacados en las respectivas webs oficiales: [http://www.whitehouse.gov/omb/oir/irc\\_europe](http://www.whitehouse.gov/omb/oir/irc_europe), y [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/regulatory-cooperation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/regulatory-cooperation/index_en.htm).

<sup>96</sup> Entre los principios regulatorios destacados en el documento *Common Understanding on Regulatory Principles and Best Practices* (junio de 2011) emanado del *High-Level Regulatory Cooperation Forum* (cfr. nota anterior), con una evidente dimensión procedimental, cabe recordar los siguientes: publicidad, transparencia y participación de todos los interesados y el público en general; análisis de las alternativas más relevantes, y análisis coste-beneficio; la supervisión y la evaluación de la efectividad de las medidas y en vigor; la minimización de la carga burocrática y la simplificación para el ciudadano; la evitación de duplicidades en los requisitos exigidos por ambas partes; etc.

En la medida en que las agencias de un lado y otro –en este caso, de EE.UU. y de la UE- utilizan principios de procedimiento equivalentes se confía en el “producto” final obtenido por la otra parte (estándar, requisito, análisis, control, información, etc.). Se trata de algo más que de un mutuo reconocimiento (por ejemplo, respecto de la seguridad del producto en el sector automovilístico, farmacéutico o químico), e incluye la evitación de la divergencia o duplicidad de las regulaciones y la aceptación de los protocolos establecidos por la otra parte, la asunción de las evaluaciones o inspecciones realizadas por la otra parte, etc.

atribuyen nuevas responsabilidades,<sup>97</sup> tales como la participación en relevantes actividades regulatorias (auto-regulación, co-regulación), o la prestación de servicios de interés general...<sup>98</sup> Ha de superarse el “autismo iuspublicista” que desatiende el papel de la sociedad.<sup>99</sup>

- Y, en ambos casos, y a su servicio, se espera que ofrezca mecanismos capaces de afrontar una forma de regular y administrar bien distinta de las primeras modalidades, que desborda en mucho el simple binomio “legislación-ejecución”, para comprender no ya sólo otras fases de un ciclo más complejo, sino también un trabajo en común (interadministrativo y público-privado), de contornos nuevos. Entremos de lleno en lo que hemos venido en llamar, por justa convención, “Derecho Administrativo del trabajo en común”.

(ii) *No a un expansivo e indefinible concepto material de poder.*

Es cierto, como se ha notado, que la creciente relevancia de la sociedad no ha pasado desapercibida al Derecho Administrativo contemporáneo, si bien con multitud de aproximaciones, enfoques, explicaciones y efectos. Es un tema decisivo (“dramático”, dirían los angloamericanos). Porque afecta a las esencias del Derecho Administrativo –concentradas en el ejercicio de las potestades administrativas- y a sus fronteras naturales. Ello explica el frecuente recurso en la doctrina a la noción o idea de “poder”, cada vez más desdibujada, a modo de “salvoconducto”, ya que ese ha sido siempre el eje sobre el giraba. Parece una pugna por un mismo espacio, como la frontera entre la tierra y el mar, en términos alternativos.

Ahora bien, a nuestro juicio, desde una perspectiva conceptual y metodológica, la cuestión no consiste en “estirar” indefinidamente el concepto de poder, para que cubra materialmente cosas de todo género y condición hasta asimilarlo a una suerte de ambigua y expansiva amalgama de la idea de supremacía o asimetría. Ello desdibujaría por completo el eje de la disciplina, que se quedaría sin centro de gravedad; sin definición del concepto de poder y acaso por ello sin eficacia. Y no lograría explicar, por lo demás, por qué el Derecho Privado también se ocupa de corregir o compensar las asimetrías (como hace, por ejemplo, el Derecho laboral).

Por lo mismo, tampoco parece metodológicamente adecuado, aunque parecía obligado en la medida en que el ejercicio del poder se erigía en la única

---

<sup>97</sup> En los diversos capítulos del presente volumen se hacen referencias más detalladas a este fenómeno, en particular: capítulo primero y cuarto, parte segunda.

<sup>98</sup> Capítulo cuarto, parte segunda, , de Innovación y reforma, cit.

<sup>99</sup> Cfr. J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 131.

“unidad de medida”, confundir “interés general”, con “función pública” u otros derivados del concepto de poder (posición de poder o de dominio...) <sup>100</sup>. Un sujeto privado puede llevar a cabo actividades de interés general (de carácter regulatorio o prestacional, por ejemplo), pero no ejercer por ello “funciones públicas”. Mantener a ultranza el concepto de poder –y de sus derivados- parece presumir por otra parte que una actividad es pública por naturaleza, autoinmune a la erosión de la historia. Ésta pone de manifiesto, sin embargo, que actividades antaño consideradas públicas hoy no se conciben así; y a la inversa: sin contar con la aparición de nuevos fenómenos, o tecnologías, como Internet, que determinan la entrada del Estado en territorios nuevos. <sup>101</sup>

Aquí se postula, por el contrario, mantener un concepto estricto y característico de poder, es decir, de ejercicio de potestad pública o autoridad, que ha dominado el panorama del Derecho Administrativo hasta nuestros días. No se trata, pues, de añadir más peso sobre ese pilar, sino, más bien, de introducir dos pilares más –las actividades regulatorias y las de servicio público-, primero, y, después, y en segundo término, de establecer una suerte de “pasarelas” de estos tres grandes fundamentos o ejes entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado. La porosidad de las fronteras se hace más evidente en esas zonas, un tráfico intenso, a través de unos puentes que permitan la convergencia, la equivalencia de criterios.

Algunos de los fenómenos descritos por la doctrina <sup>102</sup>, de distinta índole y naturaleza, tales como el paso de la prestación de servicios públicos a cargo del Estado (directa o indirecta, pero siempre en régimen de monopolio), a la prestación con algún régimen de competencia; o el paso de la actividad de policía administrativa a la gestión de riesgos en manos privadas; o el del control previo (autorizaciones) al control *ex post* (inspección) en determinadas actividades económicas, con todo lo que ello implica y significa, puede ser reconducido a esos tres elementos o pilares, o ejes, de interés para el Derecho Administrativo, y verdaderas zonas de encuentro del Estado y la sociedad: a) *poder*, en su entendimiento estricto y tradicional: sea ejercido por una Administración o por particulares, aunque circunscrito a los supuestos en que éstos ejercen verdaderamente funciones públicas; b) *regulación* (actividad regulatoria), expresión acaso de una forma de “dominio”, que no de poder en sentido estricto o tradicional, y en todo caso con un específico carácter: la

---

<sup>100</sup> En esos términos, para referirse a determinados sujetos privados, habla J. Esteve en la obra citada en la página anterior, así como en su artículo “La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria”, en *Revista de administración pública*, N° 189, 2012, págs. 11-40.

<sup>101</sup> Gobernanza de Internet, firma digital, propiedad intelectual, comercio electrónico, promoción del acceso de todos a las nuevas tecnologías de la información, el gobierno electrónico, etc.

<sup>102</sup> Singularmente por un autor destacado, como J. Esteve, en las obras aquí citadas. En una versión más sintética, *vid.* “La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria”, en *Revista de administración pública*, N° 189, 2012, págs. 11-40.

participación, bien de los sujetos públicos, bien de los privados, en la cadena, cascada o red regulatorias; y c) *servicio público*, en cualesquiera de sus manifestaciones y modelos (francés, norteamericano...).

Se trata entonces, dicho de otro modo, de construir categorías jurídicas de carácter transversal, que atraviesen las diversas ramas jurídicas. “Pasarelas” o “conceptos jurídicos integradores” o “superiores” que no entrañan una idéntica proyección de reglas, aunque se sustenten en iguales principios o valores, sino que reclaman una adaptación en función del ámbito jurídico y del sujeto. Así sucede con el concepto de “poder adjudicador” a que se refiere la legislación europea de contratos administrativos, en cuya virtud se trasladan ciertos elementos, con algunas matizaciones, a la adjudicación de contratos privados de poderes adjudicadores que no son Administración pública.<sup>103</sup> Y, en última instancia, ello remite a grandes categorías transversales<sup>104</sup>, tales como el “procedimiento” (o sobre cómo decidir) y la organización (o sobre la forma de ser), tanto de los sujetos públicos como privados, situado entre ambas ramas, tema éste en el que luego se insiste.<sup>105</sup>

(iii) *El Derecho Público y el Derecho Privado parecen haber hecho siempre buena pareja.*

Y esto acaso no sea más que una hipótesis apenas intuida. Naturalmente, cada rama dentro de su propia generación. Con necesarios ajustes, eso sí, después del deterioro del transcurso del tiempo y aún con evoluciones no realizadas en completo paralelo, puede advertirse una sintonía y correspondencia en las esencias, en ocasiones sin necesidad de cambios legislativos, o de cambios aparentes, en ambos polos; ha bastado tocar uno de los elementos para mantener la recíproca conexión.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Por ejemplo, art. 137 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, relativo al establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos; ó 189 y ss.

Puede verse mi trabajo “¿Le importan al Derecho Administrativo las organizaciones y los procedimientos sujetos al Derecho privado?”, en la obra colectiva *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit., pp. 305 y ss.

<sup>104</sup> *Ibidem*, en particular pp. 265, 320.

<sup>105</sup> *Infra* núm. 3.

<sup>106</sup> Así, por ejemplo, mientras el art. 348 y ss. permanecían inalterados, la legislación administrativa de expropiación forzosa (así, por ejemplo, el art. 1 de la Ley española vigente, la de 1954) extendía las garantías expropiatorias a todos los derechos e intereses de contenido patrimonial, aunque no fueren de carácter dominical, esto es, a bienes y derechos más débiles que la propiedad. Operación confirmada por el constitucionalismo contemporáneo que, primero, entiende por propiedad algo más –en realidad, mucho más– que lo que entienden los Códigos civiles primigenios; y, segundo y más importante, proyecta sin ambages las garantías de protección dominical frente a la propiedad a todos los restantes derechos e intereses de contenido patrimonial (baste para su confirmación pensar en los arts. 14 de la Constitución alemana, 33 de la española, 42 de la italiana, y, sobre todo, el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y las respectivas jurisprudencias recaídas en torno a los respectivos textos legales).

- Sin perder su identidad y autonomía, desde luego, siempre parecen haberse entendido y complementado<sup>107</sup>. Al fin y al cabo, las técnicas transmiten con fluidez las ideologías. La Ley de Expropiación Forzosa de 1879 y la regulación de la propiedad en el Código Civil de 1889 se entendían bien; contemporáneamente, la responsabilidad social corporativa, por ejemplo, se aviene bien con el mundo de las agencias o administraciones independientes y los organismos reguladores en el ámbito económico. Lo mismo puede decirse de tantas otras instituciones: la contratación de obras públicas del siglo XIX y la contratación civil del Código guardan una coherencia o correspondencia; como la guardan la contratación de las Administraciones públicas, de los poderes adjudicadores o los sujetos privados de los sectores regulados, en el marco de la legislación de contratos públicos “a la europea”, con independencia, pues, de la naturaleza pública o privada del contrato.

- Si se admite esa hipótesis, habrá que concluir que no han guardado una relación disyuntiva, sino complementaria. Y, en consecuencia, la visión alternativa o excluyente, de juego suma-cero, acaso sea muy insuficiente, a resultas de una mal trabada relación generacional entre ambas ramas (por comparar, por ejemplo, el Derecho Privado del Código civil decimonónico, con el Derecho Administrativo contemporáneo). Los términos “publicar” (el Derecho Privado) o “privatizar” (el Derecho Administrativo), referidos al trasvase de contenidos o estilos jurídicos en una dirección u otra, podría ser, pues, manifestación de esa limitada comprensión. Se trata, más bien, de un reparto de cartas o de roles entre uno y otro, en un esfuerzo convergente.

- Derecho Administrativo y Derecho Privado han hecho siempre frontera. Pero la colindancia se mueve. Cuando uno de ellos extiende su ámbito o territorio, el otro le acompaña y le sigue, como si dos imaginarios países vecinos ensancharan en paralelo su territorio y consiguientemente su línea fronteriza. Eso es lo que, a nuestro juicio, ha sucedido con los nuevos campos en los que uno y otro se encuentran entrelazados con una intensidad creciente, más allá del ejercicio de autoridad o potestad pública, donde se situaba tradicionalmente la divisoria, a saber: las actividades regulatorias que no suponen ejercicio de poder (mecanismos de Derecho blando en manos de las Administraciones; establecimiento de estándares en régimen de autorregulación...); y actividades de servicio público (gestión directa o indirecta por parte de la Administración; prestación privada en régimen de mercado o autorregulación regulada, propia de los llamados sectores regulados...).

---

<sup>107</sup> Y a ello probablemente no haya sido ajeno el hecho de la influencia –aún hoy apreciable– de la dogmática del Derecho privado sobre el Derecho Administrativo, lo que no deja de producir negativos efectos en no pocas ocasiones. Sobre ello no procede extenderse aquí.

- En cierto modo, podría decirse, las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado simbolizan a su manera las relaciones entre el Estado y sociedad en cada tiempo y lugar (con los límites intrínsecos a todo símbolo). Esas relaciones, en contra de la explicación tradicional, no se resuelven, ni se agotan, a nuestro juicio, en términos de “separación” (Estado liberal) *versus* “integración” (Estado social), o, si se prefiere, entre “abstencionismo” y “fusión” entre la esfera estatal y la social<sup>108</sup>, sino, primariamente, en términos de diversidad de roles en cada etapa, de reparto de responsabilidades entre ambas esferas. El cambio y el historicismo de los repartos de funciones es constante.<sup>109</sup>

Colaboración -conexión y coherencia- siempre ha existido –tal es nuestra hipótesis-, aun cuando tal colaboración sea muy diferente bajo el Estado liberal y bajo el Estado social.<sup>110</sup>

Nos separamos, pues, de la visión dialéctica, pura, casi geométrica, entre la esfera social y la estatal. O algo se incardina en una (corporaciones, municipios...) o en la otra. En ese esquema no caben mestizajes, hibridaciones<sup>111</sup>. Y parece partirse de la premisa indiscutida según la cual lo que se reparte es el poder, y no funciones, tareas y responsabilidades, no

---

<sup>108</sup> En contra, por todos, el sugerente estudio de J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013. De acuerdo con este autor, con el alumbramiento del Estado social se habría pretendido una fusión entre el Estado y la sociedad. A nuestro juicio, no es así, ni siquiera en términos de apertura de la línea divisoria entre ambas esferas (que no de fusión), o no lo es necesariamente. Una cosa es que la actividad prestacional y el crecimiento exponencial de la Administración y del sector público bajo su instauración, y, en suma, la consolidación del Estado administrativo (con todos sus pilares: política fiscal y monetaria, en primer lugar) tengan por objeto el ciudadano y la sociedad, y otra, muy distinta, que por definición ello suponga una integración con ésta. De lo que se trata, a nuestro juicio, es de un diferente cambio de roles, que el Estado social asume por contraste con el Estado liberal. El Estado social no es per se un Estado de la integración “Estado-sociedad”, y, de hecho, no lo ha sido en el pasado. Es sólo en nuestro tiempo cuando la sociedad y el Estado están llamados a entenderse, a trabajar en común, a ser corresponsables, a disolver el “nosotros-ellos” en lo que al cumplimiento de tareas compartidas. Son socios que se necesitan.

<sup>109</sup> El Estado liberal asume unas y el Estado social otras. Separación o integración son, a nuestro parecer, formas explicativas insuficientes para una relación tan compleja: poco o nada dicen de lo que realmente hace el Estado bajo la respectiva etiqueta o bandera.

<sup>110</sup> Tanto el concepto de Estado liberal, como el de Estado social, pueden ser entendidos en el plano de las proclamas ideológicas, o en el plano del dato empírico y jurídico-positivo. El jurista no puede renunciar a este último, aun cuando parta del primero. Así, por ejemplo, si se miran a las más de 3000 leyes dictadas en España entre 1850 y 1900 será difícil sostener que el Estado es abstencionista, que sólo interviene puntualmente, cuando se altera la paz callejera; que la actividad de policía administrativa agota el panorama... Desde esa perspectiva empírica o jurídico-positiva, puede apreciarse que el Estado liberal y el Estado social, más que simbolizar las relaciones Estado-sociedad, expresan los distintos roles, tareas o responsabilidades asumidas en cada tiempo. Aun cabe una “estación” intermedia entre los postulados liberales y sociales, de un lado, y la realidad jurídico-positiva, de otro. Y es el conjunto de títulos de intervención que en uno y otro caso, como puente entre las grandes ideas y las necesidades de la praxis cotidiana, se construyen (servicio público, soberanía, orden y seguridad, etc.). Tampoco se puede quedar el jurista en estos motivos formales y justificativos. Así, será mucho más fácil, que por encima de las ideologías –previas- las necesidades del guión se imponen. Por ejemplo, desde espacios y sustratos teóricos muy distintos el Estado social surge con fuerza como verdadera legislación de emergencia en la primera posguerra en Alemania, y en la crisis del 29 en EE.UU. No es separación, ni fusión; es, más sencillamente, la asunción de roles y responsabilidades distintas. En esa época ya no es la sociedad monoclasista (la burguesía, primero agraria, y luego industrial) el objeto de atención preferente, sino una sociedad multclasista y de masas, en medio de las revoluciones sociales y políticas iniciadas en el primer tercio, significativamente la de 1917.

<sup>111</sup> el criterio de la pertenencia a la sociedad o al Estado, aparte su insuficiencia en ciertos casos, resulta pobre. ¿Es que el reconocimiento implícito o expreso mediante ley de un régimen de autorregulación significa sin más la transferencia a la sociedad de esas funciones normativas? ¿Supone ello acaso –al menos en teoría, claro- la desaparición del Estado? ¿O su reducción a una expresión minimalista? ¿Una cesión de funciones a la sociedad? ¿Es que esa transferencia –en la teoría o en la práctica (y aquí el jurista tiene mucho que decir)- no puede llevar aparejadas nuevas funciones: de garantía, inspección y control, exigencias sobre cómo ejercer el poder autorregulador...?

siempre encuadrables en el concepto de poder (como las actividades de servicio público, o de carácter regulatorio).<sup>112</sup>

2. SEGUNDA TAREA: del Derecho Administrativo negativo o prohibitivo (“luz roja”), o de la defensa y del contenido mínimo (“aprobado”), al Derecho Administrativo (también) de contenido positivo (“luz verde”), de la eficacia, y de la excelencia.

La idea del Derecho Administrativo de la “luz roja”, o de la “prohibición de circulación”, ha de dar paso al Derecho Administrativo de la “luz verde” y de las “señales de orientación” o “recomendación”<sup>113</sup>. Y es que, ante los escenarios que se han puesto de manifiesto, no basta el tradicional Derecho Administrativo de defensa o protección frente al poder (“Derecho contra la Administración”, para “embridar al poder con el Derecho”)<sup>114</sup>; es necesario igualmente un Derecho Administrativo “positivo”, de la “acción eficaz”, de la “regulación adecuada”, de la “prestación efectiva” de los servicios esenciales...

Se busca un Derecho que sepa preservar los derechos individuales, al tiempo que incentiva la economía y la creación de empleo, o mejora el medio ambiente y el bienestar social. Una maquinaria que determine la legalidad e ilegalidad, el aprobado o el suspenso, de la acción estatal, con ser imprescindible, no cubre ni de lejos esa función. Hacen falta *también* nuevos dispositivos, más evolucionados y complejos, que contribuyan a hallar la solución mejor, la excelencia, sea en términos de crecimiento sostenible, de medio ambiente urbano, de estabilidad financiera, o de seguridad aérea, de eficiencia energética, de bienestar o asistencia social...<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> De nuevo, el principio de división de poderes parece pesar en exceso en la construcción del Derecho Administrativo. Sobre el tema, me remito a la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit. pp. 283, 284, 286, 288, 299, 370.

<sup>113</sup> La idea de la «luz verde» –del Derecho Administrativo en positivo– se expresa, según el paradigma, el postulado, la perspectiva, o la dimensión, de modos diferentes. Así, por ejemplo, el libro blanco de la gobernanza europea afirma que una buena gobernanza se basa, entre otros principios, en la eficacia para producir los resultados buscados; y en la coherencia. *Vid.* Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La Gobernanza Europea – Un Libro Blanco» [COM (2001) 428 final - Diario Oficial C 287 de 12.10.2001] y la síntesis de la web oficial en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/110109\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/110109_es.htm) . Más explícitos son los documentos de la OCDE sobre política regulatoria (véanse los esfuerzos realizados bajo el concepto de *regulatory policy*).

<sup>114</sup> A. Nieto y E. García de Enterría, respectivamente. *Vid.* “Presentación de la traducción”, en E. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, 2003, pp. XVII y ss.

<sup>115</sup> La idea de la luz verde –del Derecho Administrativo en positivo– se expresa, según el paradigma, el postulado, la perspectiva, o la dimensión, de modos diferentes. Así, por ejemplo, el libro blanco de la gobernanza europea afirma que una buena gobernanza se basa, entre otros principios, en la eficacia para producir los resultados buscados; y en la coherencia. *Vid.* Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La gobernanza europea - Un Libro Blanco» [COM (2001) 428 final - Diario Oficial C 287 de 12.10.2001]. y la síntesis de la web oficial en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/110109\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/110109_es.htm). Más explícitos son los documentos de la OCDE sobre política regulatoria (véanse los esfuerzos realizados bajo el concepto de *regulatory policy*).

En términos más simples: del Derecho Administrativo (sólo) de la prohibición de circulación, al Derecho Administrativo de la recomendación de la mejor ruta.

La eficacia se encuentra en la base de este planteamiento. Y por eficacia se entiende aquí, en un doble sentido, no sólo la “efectividad” o “la aplicación efectiva”, esto es, que se cumpla el plan, programa, norma o estrategia aprobados, que se lleve a su puro y debido efecto (en términos formales), sino además, nótese bien, que consiga los resultados que persigue.

De nada serviría un plan de empleo o un programa de ahorro energético, no ya si al final del día no se implementara, sino también, y a la postre, si aún implementándose, no consigue el resultado apetecido, genera efectos imprevisibles o no deseados. Será necesaria entonces una supervisión permanente y una reacción pronta para su revisión o reforma.<sup>116</sup>

Por tanto, *efectividad* de las normas, planes o programas, de los actos, convenios y contratos, pues para ello nacen, para ser cumplidos (i); y, además, excelencia en la consecución de objetivos plasmados, que los instrumentos acierten, que la solución sea pronta, la alimentación segura, el crecimiento sostenible... (ii).

En realidad, en última instancia, ello enlaza con un interrogante de fondo: ¿cómo conseguir que nuestros sistemas regulatorios -nuestras normas, nuestros procesos decisorios y nuestras estrategias de impulso y dirección- protejan mejor la salud pública, el bienestar social, la seguridad, el medio ambiente, o promuevan con eficacia el crecimiento económico, la innovación, la competitividad o la generación de empleo, entre otros grandes objetivos?<sup>117</sup> ¿Y que lo hagan, no ya sin menoscabo, sino con mayor plenitud del principio democrático y del principio del Estado de Derecho o *rule of law*?

A ello hacemos referencia de inmediato.

3. TERCERA TAREA: El método: ¿cómo cultivar esas nuevas áreas y cómo incorporar esa perspectiva positiva?

Aquí se halla el centro del problema. Y ello porque la preparación que recibe el jurista tradicionalmente dista mucho del adiestramiento necesario para

---

<sup>116</sup> A este esquema obedecen tantas nuevas políticas, como, por ejemplo, la que se articula a través de la evaluación estratégica ambiental. *Vid.*, por ejemplo, el texto de la Directiva [2001/42/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente ([http://europa.eu/legislation\\_summaries/environment/general\\_provisions/l28036\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/environment/general_provisions/l28036_es.htm)).

<sup>117</sup> Cfr. *Executive Order 13563* of January 18, 2011 (*Improving Regulation and Regulatory Review*), y *Executive Order 13609* de 1 de mayo de 2012, *Promoting International Regulatory Cooperation*, del Presidente Obama (disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-05-04/pdf/2012-10968.pdf>).



afrontar esos nuevos retos. Es más, el método jurídico tradicional<sup>118</sup> ha estado vinculado a la “perspectiva de la patología”<sup>119</sup>, esto es, a una forma de pensar y de contemplar el Derecho en clave binaria (legal-ilegal), y en donde la legalidad se resuelve y reduce al respeto de los límites y presupuestos, sin mirar a otros parámetros positivos de racionalidad, acaso porque el control por excelencia, el judicial, sólo puede contemplar la primera dimensión. Lo que no es justiciable, no existe.<sup>120</sup>

La ciencia jurídica, en efecto, se ha concebido prioritariamente como una ciencia de la interpretación, y no como una ciencia que prepara para la toma de decisiones y la actuación<sup>121</sup>. Y, sin embargo, las nuevas perspectivas antes señaladas requieren una formación más completa: el diálogo con otras ciencias; el recurso a parámetros legales que establezcan la dimensión de la calidad y de la eficacia; el Derecho Administrativo comparado...

La formación que, para esa nueva dimensión -o “cara oculta”-, se requiere, es distinta, más completa, y abierta al diálogo con otras ciencias. Identificar si se ha respetado la “prohibición de circular” o la “luz roja” es una cosa, y “recomendar una ruta” o determinadas actuaciones en términos de velocidad o de prudencia, otra, muy distinta. En este último sentido, el entrenamiento característico del *método jurídico tradicional* se queda corto<sup>122</sup>, puesto que se conforma con saber leer e interpretar textos legales, y, en definitiva, sistematizar los conceptos jurídicos<sup>123</sup> (lo que no es poco). Pero ni siquiera es capaz de indagar por sí mismo si esos actos jurídicos se aplican o no, menos aún si resultan eficaces en la realidad.<sup>124</sup>

Aquí concurren y compiten desde hace décadas, para dar respuestas, una multiforme variedad de medios e instrumentos, análisis y evaluaciones,

---

<sup>118</sup> Por todos, en español, A. Voßkuhle, “Sobre el método del Derecho Administrativo”, en la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, 2012, pp. 141 y ss.

<sup>119</sup> Cfr. H. Bauer, “Verwaltungsverträge”, en la obra colectiva *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (editada por Hoffman-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle), volumen II, Verlag C.H. Beck, 2ª edición, 2012, § 36, núm. marg. 18.

<sup>120</sup> En efecto, la creciente -y justificada- importancia de la justicia administrativa a partir de la segunda mitad del pasado siglo ha podido disolver la idea principal. Y es que la Administración recibe encargos, tareas y cometidos cuyo objeto no es otro que el de resolver problemas sociales. La función principal de la Administración no consiste en contentarse con no infringir la ley, sino que debe además tomar las mejores decisiones posibles para solventar los problemas a los que se enfrenta, de entre las distintas opciones que el Derecho le ofrece, a modo de marco. Entre otros, W. Hoffmann-Riem, “Eigenständigkeit der Verwaltung”, núm. marginal 10 y ss., en *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, volumen I, Verlag C.H. Beck, 2ª edición, Munich, 2012.

<sup>121</sup> H. Bauer, “Verwaltungsverträge”, en la obra colectiva *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (editada por Hoffman-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle), volumen II, Verlag C.H. Beck, 2ª edición, 2012, § 36, núm. marg. 18..

<sup>122</sup> Cfr. capítulo segundo, de *Innovación y reforma*, cit.

<sup>123</sup> *Ibidem*. Entre otros, W. Hoffmann-Riem, “Eigenständigkeit der Verwaltung”, núm. marginal 15 y ss., en *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, volumen I, Verlag C.H. Beck, 2ª edición, Munich, 2012.

<sup>124</sup> Sobre el tema, véase el capítulo segundo, de *Innovación y reforma*, cit.

paradigmas y teorías, avanzados desde latitudes y culturas jurídicas lejanas y distantes entre sí.

Con todo, la percepción -cuando menos de las *necesidades*- no resulta tan distante, como ilustra sobradamente el análisis comparado del Derecho Administrativo,<sup>125</sup> algunos esfuerzos políticos convergentes<sup>126</sup>, u otros movimientos.<sup>127</sup> Y tampoco son tan disímiles los *hallazgos* a los que en ocasiones se llega desde distintos puntos de partida, cuando la investigación jurídica se enriquece con otras perspectivas. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el procedimiento administrativo. Con la ayuda de otros conocimientos, se ha podido constatar que una ley de procedimiento constituye un relevante medio de control y de dirección del Parlamento sobre la Administración.<sup>128</sup> O que el Derecho privado y el Derecho Administrativo pueden urdir alianzas de sumo interés.<sup>129</sup>

Por nuestra parte, nos limitamos a enumerar, y seleccionar entre tantas, seis estrategias metodológicas en pro de la incorporación de esa vertiente o dimensión positiva:

a) *Diálogo con la política regulatoria o reforma regulatoria*

Al Derecho Administrativo como sistema científico le interesa la *política regulatoria* (considerada hoy día el “tercer brazo” del Estado, junto con la

---

<sup>125</sup> Véanse los problemas comunes abordados desde diversas culturas, en *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, edited by Susan-Rose Ackerman and Peter L. Lindseth, february 2011. Además, pueden pensarse, por ejemplo: ¿cómo regular mejor y conseguir preservar los bienes y valores más ansiados, sin ralentizar la economía? ¿cómo dotar de legitimidad democrática a las Administraciones independientes? ¿cómo conjugar que las decisiones tengan un sólido apoyo científico y técnico, con el impulso político? ¿cómo se inserta la ciencia en el proceso decisorio de las Administraciones públicas? ¿cómo obtener la información más adecuada, en colaboración con otras agencias y Administraciones, y con el sector privado, para la mejor toma de decisiones? ¿qué nuevas formas de control y de atribución de responsabilidades han de desarrollarse cuando se trabaja en estructuras reticulares con participación de una multitud de sujetos públicos y privados? Etc.

<sup>126</sup> Por ejemplo, las iniciativas mencionadas en las notas 11, 12 y 15.

<sup>127</sup> Por ejemplo, el antes mencionado en torno al “Derecho Administrativo Global”.

<sup>128</sup> Desde los EE.UU., desde la perspectiva de la teoría política positiva, véase, por todos, el clásico trabajo de Matthew D. Mc Cubbins, Roger G. Noll, Barry R. Weingast, «Administrative Procedures as Instrument of Political Control», *3 JI Law, Econ and Org.* 243 (1987). Desde Europa, y desde la óptica del Derecho Administrativo inspirado en la ciencia de la dirección, véase Eberhard Schmidt-Abmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2004, pp. 203, 305, y en versión española, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, 2003, (índice analítico: procedimiento administrativo). Para mayor abundamiento, J. Barnes, “Introducción. Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, 2008, pp. 16 y ss.

<sup>129</sup> Por simbolizar en dos obras, dos respuestas con contenidos convergentes, a ambos lados del Atlántico, pueden verse: de un lado, Jody Freeman, «Extending public law norms through privatization», *116 Harv. L. Rev. 2002-2003* pp. 1291 y ss.; o también de la misma autora “The Private Role in Public Governance” *75 N.Y.U. L. Rev. 2000*; de otro, Hoffmann-Riem / Schmidt-Abmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996.

política fiscal y monetaria)<sup>130</sup>. Hacemos con ello referencia a una nueva disciplina basada en la ciencia política, la historia, la economía y el Derecho<sup>131</sup>. Para la OCDE, la “política regulatoria”<sup>132</sup> tiene por objeto un proceso permanente de “reformas regulatorias”, esto es, de revisión de las estructuras y de los métodos de regulación –entendida ésta en un sentido muy amplio, y no como mero sinónimo de normación escrita-.<sup>133</sup>

De una buena regulación se habrán de seguir múltiples efectos para la sociedad y la economía. La regulación ha de responder a, y satisfacer, necesidades de interés general; fundarse en razones sólidas, consciente de las consecuencias o efectos de las distintas opciones o alternativas; y diseñarse de tal modo que sea capaz de lograr los propósitos y objetivos que persiga<sup>134</sup>. Una buena política regulatoria ha de poner a disposición de quienes deben decidir toda la información necesaria para saber qué regular (objeto), por qué (motivos) y cómo (estrategias y alternativas), la selección de los destinatarios (sujetos)...<sup>135</sup>

No es ya sólo que desde la política regulatoria se espere la colaboración del Derecho Administrativo. Es también que numerosas actuaciones en que aquélla se concreta –por ejemplo, en técnicas como las evaluaciones de impacto regulatorio *ex ante* y *ex post*- se resuelven en modernos procedimientos administrativos, o mediante instituciones o categorías propias del Derecho Administrativo (sistema de fuentes, teoría de la organización, etc.).

Pero más allá de ello, la alianza con la política regulatoria resulta necesaria por múltiples razones: ofrece una valiosa información acerca de las consecuencias que,

---

<sup>130</sup> Entre otras referencias para estas cuestiones, pueden citarse las propias de Naciones Unidas (*United Nations Development Programme. Democratic Governance*: <http://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/democraticgovernance/overview.html>); la OCDE (por ejemplo, en su web oficial, en <http://www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/>); *Regulatory Policy Program. Harvard University* (<http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/rpp/index.html>); *PennProgram on Regulation* (<https://www.law.upenn.edu/academics/institutes/regulation/people.html>); etc.

Sobre este tema, por todos, *vid.* el “*Draft report - Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth*.” en [http://www.oecd.org/document/47/0,3343,en\\_21571361\\_45507055\\_45675055\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/47/0,3343,en_21571361_45507055_45675055_1_1_1_1,00.html), así como los documentos que sobre política regulatoria cuentan con un epígrafe específico: [http://www.oecd.org/department/0,3355,en\\_2649\\_34141\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/department/0,3355,en_2649_34141_1_1_1_1,00.html)

<sup>131</sup> Y no aludimos, en cambio, con ello al denominado “Derecho regulatorio”, propio de los sectores regulados y la posición de garantía que asume la Administración pública, construcción ésta de origen alemán.

<sup>132</sup> En la expresión literal inglesa (“regulatory policy”) o *política de mejora de la regulación*, también conocida como “regular mejor”-

<sup>133</sup> Para mayor detalle, mi trabajo “Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del Derecho Administrativo”, en *Innovación y reforma*, 2.0, cit. pp. 259 y ss.

<sup>134</sup> Cfr. el citado documento *Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth (Draft Report)*, octubre 2010), OCDE, p. 9.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

La política regulatoria abarca el *ciclo completo* de hacer política: desde la selección de las prioridades en el espacio y en el tiempo, pasando por la integración de más o menos políticas sectoriales en cada caso, hasta la definición de las estrategias para su aplicación en la práctica, su seguimiento y evaluación permanentes (“*ex ante*” y “*ex post*”).

La política regulatoria, en otras palabras, persigue “regular mejor” y ello se ha traducido, según las etapas y circunstancias (como las propias de la presente crisis económica y financiera), en diversas actuaciones: reformas estructurales, desregulación, innovación, simplificación, mayor colaboración interadministrativa, etc. (págs. 40 y ss.; 35 y ss. del documento de la OCDE citado en notas anteriores). La política regulatoria –o regular mejor- en el ámbito de la OCDE pretende facilitar una economía más competitiva. Simplificar el acceso al mercado, construir una sólida confianza y seguridad jurídica para la inversión, por ejemplo, reclaman, según la OCDE, una regulación más inteligente y una Administración más sofisticada.

en términos de tiempo y economía, depara la elección de un determinado trámite administrativo (la solicitud de una licencia, por ejemplo), información ésta que sin duda el Derecho Administrativo no puede ignorar<sup>136</sup> (i); orienta sobre la reducción de innecesarias cargas administrativas<sup>137</sup> (fenómeno conocido como simplificación), lo que obliga al Derecho Administrativo a una estrecha vigilancia para evitar que la supresión de una “técnica de control”, como la autorización previa –eventualmente vista como una “carga” desde la economía política-, lleve aparejada una pérdida de bienes o valores jurídicos dignos de protección y, en su caso, para su compensación o propuesta de alternativas (ii); sugiere que las fuentes del Derecho no se agotan en las normas jurídicas escritas, ni éstas en normas de contenido imperativo<sup>138</sup> (iii); enseña que el cuerpo normativo –señaladamente, el administrativo- ha de sujetarse a una constante sistematización y actualización<sup>139</sup>, que no codificación al estilo civil (iv); avala lo que desde otras perspectivas se advierte, a saber: que ciertas estructuras, como la organización y el procedimiento, son susceptibles de producir relevantes efectos regulatorios<sup>140</sup> (v); acompaña a la visión positiva del Derecho Administrativo<sup>141</sup> (vi); etc.

Las estrategias regulatorias son muchas y variadas –expresión del arte de la mezcla-, señaladamente cuando, primero, nadie sabe, ni puede, aisladamente, solucionar los problemas a los que se enfrenta la sociedad contemporánea (i)<sup>142</sup>; y cuando, por consecuencia, la cooperación en el plano interadministrativo y entre la esfera pública y la privada, resultan obligadas. Regular bien no es ya dictar normas inteligentes y ponderadas, sino “organizar” estas nuevas formas más complejas de actuación.<sup>143</sup>

Conviene notar que la legislación de *organización* y de *procedimiento* posee una relevancia regulatoria excepcional, aunque difusa<sup>144</sup>, pueesto que

---

<sup>136</sup> Por ejemplo, <http://www.administrative-burdens.com/>

<sup>137</sup> Por ejemplo, <http://www.administrative-burdens.com/default.asp?page=122>; o respecto de Gran Bretaña, Australia o Bélgica, puede verse, respectivamente, <https://www.gov.uk/government/policies/reducing-the-impact-of-regulation-on-business>, <http://www.regulationtaskforce.gov.au/>, <http://www.simplification.be/>.

<sup>138</sup> Me remito a mi trabajo “Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del Derecho Administrativo”, en *Innovación y reforma*, 2.0, cit. pp. 259 y ss.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> Por ejemplo, véanse mis observaciones en “¿Le importan al Derecho Administrativo las organizaciones y los procedimientos sujetos al Derecho privado?”, en la obra colectiva *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit., pp. 305 y ss.

<sup>141</sup> *Supra* epígrafe anterior.

<sup>142</sup> Cambio climático, seguridad aérea, seguridad pública, seguridad alimentaria, comercio internacional, protección de especies protegidas...

<sup>143</sup> Sobre esta temática, me remito a mi trabajo “Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del Derecho Administrativo”, en *Innovación y reforma*, 2.0, cit.

<sup>144</sup> Aquí sólo puede enunciarse el tema. Para mayor abundamiento, remito a mi trabajo “Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del Derecho Administrativo”, en *Innovación y reforma*, 2.0, cit. pp. 259 y ss., 267 y ss., 276 y ss.; 281 y ss.

predeterminan, como si de la manipulación de dos genes se tratara, el modo de ser y el modo de decidir y actuar de los sujetos públicos y privados.<sup>145</sup>

b) *Diálogo científico con las ciencias auxiliares y afines*

(i) Es éste un tema de hondo calado, nunca suficientemente resuelto. Baste recordar que una primera dificultad radica en que el diálogo entre ciencias pone de manifiesto de inmediato la naturaleza de cada una de las ciencias afines y auxiliares con las que se entra en contacto.<sup>146</sup> No es ya que no quepa reunir en una misma persona una formación enciclopédica, es que los conocimientos extraídos de otras ciencias, aunque se garantice que son representativos del estado de la cuestión en un momento dado, requieren siempre una “traducción”. ¿Cómo se puede dialogar entonces?

A mero título de ejemplo, cabrían, entre otros, tres enfoques, un tanto caricaturizados (y, naturalmente, sin resultados espectaculares en ningún caso, aunque siempre útiles):

- Derecho en contexto: un Derecho mejor informado (“a la británica”).
- Selección de una concreta o específica propuesta proveniente de otra ciencia para formular hipótesis o determinar cómo ilumina –y *mejora*– una concreta y específica institución legal (“a la norteamericana”).
- Planteamiento global y sistemático de diálogo e interacción, con consecuencias, también sistemáticas, sobre el sistema del Derecho Administrativo (“a la alemana”).

Para unos, en efecto, puede tratarse de un mero “Derecho en contexto”, es decir, de una elaboración científica del Derecho “bien informada”, con conocimiento de los aportes de otras ciencias, que, naturalmente, no incorpora ni hace suyos sin más<sup>147</sup>. Para otros, con menor conciencia aún de un planteamiento metodológico, bastaría con inspirarse en alguna teoría o

---

<sup>145</sup> Sobre esta temática me remito a mis trabajos “¿Le importan al Derecho Administrativo las organizaciones y los procedimientos sujetos al Derecho privado?”, en la obra colectiva *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit., pp. 305 y ss.; «El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica», en *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

<sup>146</sup> Por ejemplo, la sociología es descriptiva, mientras que la economía, como el Derecho son ciencias prescriptivas, que se preocupan por el deber ser, si bien la primera lo hace en términos de *homo aeconomicus*, el deber ser en el reparto de la escasez, mientras que la segunda se ocupa del deber ser en términos de justicia...). Para una introducción al tema, *vid.* E. Schmidt-Aßmann, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit. pp. 133 y ss.; así como A. Voßkuhle, “Sobre el método del Derecho Administrativo”, en la misma obra colectiva, pp. 141 y ss.

<sup>147</sup> A esa idea responde en cierto modo la colección “Law in Context” de la Cambridge University Press (por ejemplo, disponible en [http://www.cambridge.org/gb/knowledge/series/series\\_display/item3937582/Law-in-Context/?portal:componentId=15314&portal:type=action&portal:isSecure=false&portal:portletMode=view&resultSize=50](http://www.cambridge.org/gb/knowledge/series/series_display/item3937582/Law-in-Context/?portal:componentId=15314&portal:type=action&portal:isSecure=false&portal:portletMode=view&resultSize=50)).

perspectiva aportada por alguna ciencia afín, al objeto de utilizarla instrumentalmente en el seno del Derecho Administrativo y obtener, en su caso, luces nuevas para proponer soluciones en positivo.<sup>148</sup> Acaso el común denominador de los diversos ensayos y ángulos consista en entender el Derecho y las instituciones legales como una parte del contexto social, y como cualquier otra parte, podría ser estudiado desde un punto de vista sociológico, psicológico, antropológico o económico.<sup>149</sup> Cuando menos, y sin que ello suponga aceptar indiscriminadamente cualquier conocimiento proveniente de otras ciencias, esos estudios son susceptibles de proporcionar una mejor comprensión del mundo administrativo.

Desde una perspectiva sistemática e interdisciplinar –de mayor ambición que la dimensión simplemente multidisciplinar–, es de destacar, como se ha notado, el singular esfuerzo realizado por un grupo representativo de la doctrina alemana de las últimas décadas<sup>150</sup>, basado, entre otros pilares, en la construcción de “conceptos-puentes”<sup>151</sup>, o puntos de encuentro, que permitan un diálogo más fecundo de carácter interdisciplinar; así como el postulado de la eficacia como elemento vertebrador, y revisor, de las instituciones tradicionales, para hacer de la ciencia del Derecho Administrativo una ciencia que entienda de los efectos y consecuencias de la acción administrativa, de la mejora de la calidad.<sup>152</sup> Con ello, no se pretende apostar por una teoría unificada de la acción social, lo que, por lo demás, ha sido objeto de un interesante debate<sup>153</sup>, sino, más bien, por construir conceptos enriquecidos desde diversas ciencias sociales.

(ii) La cuestión no es *si* servirse o no eventualmente de un análisis económico o sociológico, por ejemplo, sino *cómo* y, a la postre, en qué medida, en el bien entendido de que (i) no se trata de sustituir el análisis jurídico por el económico (aquí manda el Derecho Administrativo como sistema científico); (ii) no se pueden despreciar conocimientos sumamente relevantes o

---

<sup>148</sup> Planteamiento éste muy “norteamericano”. Un simple ejemplo, aunque elocuente: desde la perspectiva de la teoría política positiva, véase, por todos, el clásico trabajo de Matthew D. Mc Cubbins, Roger G. Noll, Barry R. Weingast, «Administrative Procedures as Instrument of Political Control», *3 JI Law, Econ and Org.* 243 (1987). Esa teoría permite descubrir para el jurista la dimensión del procedimiento administrativo como instrumento de control del poder legislativo sobre el ejecutivo, en particular las agencias (no sé qué decisiones tomarán, pero controló cómo las tomarán).

<sup>149</sup> *Vid.*, para una perspectiva sociológica, D.J. Galligan, *A reader on Administrative Law*, Oxford University Press, 1996, p. 2.

<sup>150</sup> El símbolo de este esfuerzo acaso pueda localizarse en la monumental obra colectiva, en tres volúmenes, ya en su segunda edición, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tratado singular y con una nueva y completa sistemática, dirigido por Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle, Beck, Munich, 2012.

<sup>151</sup> Por ejemplo, “dirección”, “comunicación”, “tareas” (o “responsabilidades a atender”), “gobernanza”, etc. Me remito a la anotación introductoria al libro de E. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, 2003, p. XV.

<sup>152</sup> A tal efecto, de obligada lectura E. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, 2003. Un conseguido resumen de su pensamiento en el primer capítulo de *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit.

<sup>153</sup> D.J. Galligan, *A reader on Administrative Law*, Oxford University Press, 1996, p. 2.

trascendentes<sup>154</sup>, aun cuando puedan implicar la firme oposición del jurista a su implantación<sup>155</sup>, o, por el contrario, la alerta cuando menos<sup>156</sup>, si no la recomendación de una medida determinada; (iii) el Derecho Administrativo utiliza conceptos o referentes normativos desde su misma fundación de evidente contenido o dimensión económicos<sup>157</sup>, cuya indagación y construcción (jurídicas) resultan obligadas, máxime si se aspira a un Derecho Administrativo que sea algo más que un Derecho “negativo” o de defensa (“contra la Administración”), en beneficio de un Derecho (también) “positivo”, de la calidad, de la excelencia en la acción administrativa, en los resultados, en la prestación de servicios públicos...<sup>158</sup> Para ese viaje, es necesario el apoyo de otras ciencias.

(iii) Dentro de las ciencias afines, en el ámbito, pues, de las ciencias sociales, sea para formular teorías dentro de su ámbito propio, sea para entablar diálogo entre sí, resulta obligado considerar, como cuestión preliminar, el carácter o naturaleza de cada una de ellas. ¿A qué especie pertenecen? Así, y por seguir una terminología y conceptualización de amplia difusión en EE.UU., hemos de distinguir de entrada entre el carácter descriptivo de unas (como la sociología), del carácter normativo o prescriptivo –del deber ser-, de otras (como el Derecho y la economía). Y dentro de las ciencias prescriptivas o normativas, ha de tenerse presente su diferente “prescripción” (por ejemplo, mientras el Derecho, por decirlo en forma simple, se preocupa por “qué debemos hacer en términos de justicia”, la economía se ocupa por “qué debemos hacer en términos de reparto de la escasez”).

(iv) En suma; aunque “cada caminante siga su camino”, el administrativista no puede prescindir de una información valiosa para comprender mejor sus propias instituciones. Si el análisis económico –o más específicamente la *rational choice in political economy*- nos desvela, siempre parcialmente como no puede ser de otro modo, por qué los políticos han diseñado las instituciones legales fundamentales en un sentido determinado, es decir, si describe o explica –sin evaluar- rasgos importantes del Derecho Administrativo vigente,

---

<sup>154</sup> Delegación legislativa; sentido y función del procedimiento administrativo; tutela judicial...

<sup>155</sup> Un análisis económico podría aconsejar, en términos de eficiencia, que el sorteo de la lotería de Navidad se hiciera por ordenador, o que el sorteo de los miembros de las comisiones juzgadoras de acceso a la función pública se haga igualmente por ordenador. Un jurista siempre podrá argumentar que la generación de confianza y fiabilidad, y, a su servicio, la transparencia, son valores relevantes...

<sup>156</sup> La demostración empírica de una regla en la que incurrían los tribunales (en particular, los “altos”): a mayor volumen de casos pendientes, mayor volumen en los rigores de admisibilidad. Rigores e interpretaciones que pueden ser aplicados por el alto tribunal con carácter retroactivo sobre la premisa de que es la boca de la ley –y no creador del Derecho-, aun cuando la ley no haya cambiado, dejando fuera de la nueva línea divisoria varios miles de recursos en su día admitidos... La alerta puede llevar a relevantes consideraciones jurídicas.

<sup>157</sup> El procedimiento administrativo ha de tramitarse con celeridad, economía y eficacia; la tutela judicial ha de ser efectiva (ha de reparar en términos reales los derechos e intereses en conflicto); el crecimiento, sostenible; etc.

<sup>158</sup> Inevitablemente, me he de remitir por pura economía a la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, 2012, en la que se ofrecen perspectivas dispares y diversas.

ello no puede ignorarse. Además, a la explicación de cómo el Derecho *es*, cabrá añadir luego las recomendaciones sobre lo que el Derecho *debería ser*.<sup>159</sup>

La magnitud de los problemas que la vida económica, social, ambiental o informativa presentan en nuestro tiempo no tienen precedente (mercados financieros, comercio internacional, lucha contra el cambio climático, seguridad pública, sanidad, seguridad alimentaria...) El Derecho Administrativo representa un formidable instrumento jurídico para hacer frente a esos desafíos, a condición, nótese bien, de que sepa adaptarse y evolucionar.

De ahí se desprenden, de inmediato, dos consecuencias, en las que parece existir un cierto consenso, más allá de los términos en que éstas se expresen:

- Las alternativas y las opciones ensayadas para su complemento son variadas<sup>160</sup>, no necesariamente excluyentes (análisis económico o sociológico del Derecho Administrativo; análisis comparado; nueva sistematización a partir de postulados como la eficacia...). Lo cierto es que no es lo mismo conservar una catedral, que levantarla. Cada operación requiere un arsenal de herramientas diferentes o, por mejor decir, un método o métodos apropiados.<sup>161</sup> En todo caso, no es posible permanecer al margen.

- El cambio, pues, no es sólo de *perspectiva* (de la tutela, a la acción eficaz), sino también de *método* (de la interpretación y aplicación del Derecho, a estrategias para la mejor toma de decisiones).<sup>162</sup>

c) Prudencia ante conceptos no jurídicos y reelaboración de conceptos jurídicos propios

Los acontecimientos y los cambios se suceden a tal velocidad que las ciencias sociales –cada una desde su correspondiente ángulo- se ven obligadas a

---

<sup>159</sup> Si falta transparencia, o participación de los expertos, en la formación de una decisión, por ejemplo. Cfr. Susan-Rose Ackerman, cit. p. XIII.

Sea como fuere, el trabajo en común de esta nueva modalidad del Derecho Administrativo parece discurrir, en paralelo, por el trabajo en común con otras ciencias.

<sup>160</sup> Si ha de tratarse de una “ciencia del Derecho Administrativo bien informada” en términos de interdisciplinariedad; de “Derecho en contexto”; de “diálogo” sea o no formalizado y fermentado mediante, por ejemplo, “conceptos-puente” entre las distintas áreas del saber; de “iluminar” puntualmente elementos del sistema jurídico-administrativo desde modelos o teorías auxiliares sin pretensiones metodológicas ni universalizantes; o de una reelaboración desde la estricta dogmática, por citar tan sólo algunos ejemplos u opciones (no excluyentes necesariamente), es algo que cabrá discutir y que el futuro desvelará.

<sup>161</sup> Un ejemplo representativo, no el único, es el que se describe en el capítulo segundo.

<sup>162</sup> Tal es uno de los ejes del movimiento de reforma del Derecho Administrativo en Alemania. Puede verse, en español, por todos, E. Schmidt-Aßmann, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit., así como del mismo autor *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, 2003.



formular conceptos, a describir movimientos y tendencias, a proponer paradigmas, con una frecuencia hasta ahora desconocida. La proximidad de las diversas ciencias sociales, sin embargo, no debe llevar a engaño y a falta de rigor científico, con una fácil contaminación.

Simplificación, carga administrativa, externalización, liberalización, desregulación, devolución, privatización *versus* publicación... no son conceptos jurídicos. Es ésta una primera cautela elemental. Podrán ser, eso sí, términos descriptivos, de mayor o menor plasticidad o fuerza explicativa, en ocasiones provenientes de otras ciencias. Ahora bien, parece prudente comenzar por distinguir los distintos planos en que estos términos pueden situarse: el plano de las ideologías o de los proyectos políticos, de ordinario coincidente con la versión divulgativa que la prensa o la calle puedan tener de ellos; y el plano científico, esto es, lo que cada uno de esos términos conceptualmente pueda significar para la sociología, la política económica o la teoría de la regulación, por ejemplo. El contenido que, en su caso, esos conceptos puedan portar no puede ser asumido sin más por la ciencia del Derecho Administrativo.

Así, por ejemplo, para otras ciencias o postulados, la “privatización” de un servicio o actividad económica (piénsese en los sectores regulados) podría significar, simple y llanamente, la retirada del Estado, como si “Estado” y “mercado” constituyeran magnitudes excluyentes o alternativas. Para el Derecho, sin embargo, una y otra constituyen dos caras de una misma moneda, con independencia de las mezclas, dosis o papel asumido en cada tiempo y lugar por el poder político. Se trataría en ese caso del paso de un sistema de servicio público “a la francesa”, a un modelo de servicio público “a la norteamericana”; o, si se prefiere, del transcurso de un Estado prestador (directo o indirecto del servicio público) a un Estado garante de la prestación. Aquí, pues, no se podría hablar de “privatización”, si no es con muchos matices; más expresiva es, como se ha hecho comúnmente, la locución “autorregulación regulada”, y en donde la persecución de los fines propios del servicio público “a la francesa” se busca por medios distintos –con la ayuda de un limitado mercado, creado por el Estado, que establece además las reglas de juego y quiénes y cuántos juegan, y los somete a arbitraje, vigilancia y órdenes).

Para el administrativista, la idea de “privatización” (de un servicio público o, también, por ejemplo, de la instrucción del procedimiento<sup>163</sup>) resulta

---

<sup>163</sup> Así, la llamada “privatización de la instrucción” o “privatización parcial del procedimiento administrativo” puede ser contemplada desde otra perspectiva, cual es la de la transferencia al interesado (empresario que solicita una licencia ambiental) de los costes en términos de tiempo y de dinero para la obtención de la información ambiental requerida, o, lo que es lo mismo, la corresponsabilidad y obligación legal de soportar unos costes, lo que no significa que la Administración haga dejación de su función, de revisión de esa instrucción, de última palabra.

sumamente equívoca (expresa la parte por el todo), y, acaso, por ello desaconsejable, puesto que, acto seguido a su utilización, requiere toda una lista de salvedades.

En otras ocasiones, se trata de máximas políticas, basadas o no en propuestas con alguna base científica. Así, por ejemplo, la “simplificación del procedimiento” no es tampoco un concepto jurídico, sino una directriz, dotada de mayor o menor contenido, según el centro impulsor y su programa de acción. Simplificación para el administrativista puede llevar aparejado de inmediato una Administración más refinada, una organización más compleja y servicial, en compensación por el ahorro de cargas para el ciudadano. Así, por ejemplo, la sustitución de una autorización previa al ejercicio de una actividad por una comunicación o declaración responsable no significa ausencia o desaparición del procedimiento, y, menos aún, de todo control. Se trataría de la sustitución de un procedimiento autorizatorio (esto es, un procedimiento decisorio), por un procedimiento de inspección (no necesariamente conducente a una decisión final). Como juristas, en primer término, nos corresponde comprender esos nuevos fenómenos, explicarlos desde nuestra perspectiva. Luego vendrá la “normación” o “prescripción”. Ahora bien, si el jurista no logra una explicación correcta, poco podrá aportar, como un mapamundi equivocado de poco serviría para una buena navegación.

En otros casos, conceptos como “gobernanza”, aún carente de perfil jurídico, y con un sentido multívoco para las distintas ciencias sociales implicadas, sólo puede ser utilizado si se acota y delimita, siquiera sea convencionalmente, la dimensión que quiere subrayarse en cada caso.

Bastan estos ejemplos para subrayar que el jurista ha de moverse en un terreno firme, en el de los conceptos jurídicos, para no deslizarse en la mera glosa –más o menos ilustrada, pero no científica- de noticias, movimientos, o conceptos prestados.

#### d) *Análisis comparado*

El análisis comparado del Derecho Administrativo, en contra de lo que ha podido pensarse, cuenta con una larga historia, aun cuando haya sido menos explícito su cultivo en algunos tiempos y lugares en el entendimiento de que se trataba de un producto típicamente nacional<sup>164</sup>. Lo cierto es que, bien sea a consecuencia de las exportaciones e importaciones voluntarias, o de las

---

<sup>164</sup> Imprescindible para entender el tema, Sabino Cassese, “El surgimiento y el desarrollo del Estado Administrativo en Europa”, en *El Derecho Administrativo en el espacio jurídico europeo* (A. v. Bogdandy / O. Mir Puigpelat), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Véase el segundo párrafo de la nota siguiente.

herencias culturales o coloniales, el tráfico de instituciones administrativas ha sido una constante desde los inicios.<sup>165</sup>

Tanto en la arena supraestatal (paradigmáticamente, en la Unión Europea)<sup>166</sup>, como en el espacio administrativo global, la interacción interadministrativa y el contacto permanentes, como ocurriera con los mercaderes y su *lex mercatoria*, determinan que el análisis comparado constituya hoy algo que excede en mucho de un intercambio de buenas experiencias.

Con todo, la renovación científica requiere un estudio más profundo, que va más allá del cotejo y contraste de textos legales de una u otra procedencia, sin el debido contexto. Se trata, por el contrario, de analizar problemas de fondo, comunes a todos los Estados de una u otra forma, para pensar en común.<sup>167</sup> Por análisis comparado no entendemos intercambio de doctrinas, leyes o modelos.

e) *Elaboración y sistematización de criterios o parámetros de actuación que guíen en positivo la acción de la Administración*

La “mirada positiva” puede reclamar igualmente, entre otras estrategias, bien la mejora continua de las instituciones del Derecho Administrativo -“al modo norteamericano”-<sup>168</sup>, o bien la construcción de una teoría de los parámetros o criterios de actuación administrativa -“al estilo alemán”-<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> Consejo de Estado a la francesa, procedimiento administrativo a la española, servicio público a la norteamericana, principio de proporcionalidad a la alemana...

En el mundo norteamericano parece haber cobrado una singular fuerza el análisis del Derecho Administrativo Comparado. Pueden verse, a título de ejemplo, iniciativas como la de la Universidad de Yale, la *Comparative Administrative Law Initiative*, en <http://www.law.yale.edu/intellecualife/compadlaw.htm>. O, en Asia, con apreciable presencia norteamericana, la *Comparative Administrative Law in Asia*: <http://calt.ias.sinica.edu.tw>. Representativa de este florecimiento es la obra colectiva *Comparative Administrative Law (Research Handbooks in Comparative Law series)*, Susan Rose-Ackerman (Author, Editor), Peter L. Lindseth (Author, Editor), Edward Elgar 2010. Sobre una justificación sobre su renovado interés, Janina Boughey, ADMINISTRATIVE LAW: THE NEXT FRONTIER FOR COMPARATIVE LAW, [ICLQ vol 62, January 2013 pp 55–95].

En Europa continental, y pese a afirmarse como vriedad oficial que el análisis comparado carecía de relevancia ante la idiosincrasias nacionales, lo cierto es que siempre se ha practicado, en distintas formas o formatos. La “mirada comparada” no ha sido, y hoy aún menos, ajena a la doctrina.

<sup>166</sup> No es sólo que la jurisprudencia comunitaria, con base en el Derecho originario, haya encontrado base legitimadora para identificar los principios comunes a los Estados miembros. Es también y muy singularmente que en el plano político –de elaboración legislativa en los distintos órganos, instituciones y procesos- se han dado cita las distintas culturas nacionales, en interacción constante, en la búsqueda de la mejor solución, o de la mejor posible en términos de consenso.

<sup>167</sup> Piénsese, por ejemplo, en el problema de la legitimidad democrática de las agencias independientes, u organismos reguladores.

<sup>168</sup> Naturalmente, se trata de una forma simplificada de expresarlo.

Aunque no se trate de una actividad presidida por reglas metodológicas unitarias, ni un enfoque sistemática, esta vía consiste en contemplar las categorías jurídicas (responsabilidad, expropiación, procedimiento, acto, organización...) desde perspectivas enriquecidas por postulados o teorías de ciencias afines, que permitan entender o propiciar una mejor comprensión y regulación de aquéllas.

<sup>169</sup> Esta vía constituye una singular aportación de la doctrina alemana que se mueve en el línea de la denominada “reforma” del Derecho Administrativo y de la “nueva ciencia del Derecho Administrativo, y cuya mejor presentación en los Fundamentos de Derecho Administrativo o *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vasta obra colectiva sobre la teoría general del Derecho Administrativo, en tres volúmenes, y ya en su segunda edición (2012-2013), dirigida por Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, y Voßkuhle. En español, pueden verse, en primer lugar, la obra de E. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, y también las dos ediciones de *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (2006 y 2012), editados por Global Law Press – Editorial Derecho Global (los capítulos escritos por autores alemanes).

Detengámonos muy someramente en esta última vía.  
Para ello, conviene partir de dos constataciones simples:

(i) Primero, el Derecho le atribuye a la Administración tareas, responsabilidades y funciones de todo tipo; fija objetivos y finalidades a satisfacer, resultados a alcanzar; establece límites infranqueables; y dispone *pautas de conducta*, o *modos de actuar* (y es éste el punto que nos interesa);

(ii) Y, en segundo término, deja de ordinario además en manos de la Administración un amplio espacio para la implementación y el desarrollo.<sup>170</sup>

En otras palabras, el Derecho al que se somete la Administración excede en mucho de un mero conjunto de órdenes, mandatos o prohibiciones terminantes y detallados. Este supuesto es casi la excepción. Al Derecho Administrativo le importa, por tanto, no sólo que la Administración observe bien esas órdenes o prohibiciones, sino que haga bien sus deberes en todo lo demás: a la hora de dictar la legislación secundaria; cuando se trata de implementar y organizar lo que la legislación primaria ha dispuesto, o de elegir los medios adecuados para alcanzar los resultados marcados; etc.

Desde esa perspectiva, salta a la vista que si la ciencia del Derecho Administrativo se queda en la simplista visión de lo que es legal e ilegal –la propia de la justicia administrativa-, y ésta se identifica con el no desbordamiento del marco, se pierde muchas cosas. No todo es observar límites.

Para evitar ese empobrecimiento, y es lo que ahora pretende subrayarse, las “pautas de conducta” –esto es, criterios o parámetros de actuación- que el Derecho establece para la Administración contribuyen a rellenar ese espacio que abre la ley como *suelo* desde el que partir, y no como un simple *techo*. Se trata entonces de desarrollar una *teoría de los parámetros* o *criterios* –a modo de directrices para la Administración-, que permita incentivar la excelencia en el cumplimiento de los encargos que se le encomiendan, la satisfacción de los fines o garantías de resultado, una mejor instrumentación de las funciones de implementación, desarrollo, evaluación o revisión... ¿Cómo hacer, pues, para que principios, reglas o conceptos jurídicos coadyuven a hallar la mejor solución, y no sólo la “legal” o “mínima”?<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> W. Hoffmann-Riem, “Eigenständigkeit der Verwaltung”, núm. marginal 10 y ss., en *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, volumen I, Verlag C.H. Beck, 2ª edición, Munich, 2012.

<sup>171</sup> Es ésta una forma gráfica de plantearlo, pero desde esta teoría, en realidad, legalidad y oportunidad no constituyen términos o polos contrapuestos, como se sugiere más adelante en el texto. Puede verse el manual de Erichsen / Ehlers (editores), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, en §10 *Mafstäbe des Verwaltungsrechts* (pp. 285 y ss. en la 13ª edición, aquí manejada).

El ordenamiento jurídico conoce conceptos que promueven la calidad de la decisión, la optimización de los resultados. Abundan, en efecto, “pautas de conducta” que la Administración ha de observar, esto es, criterios o parámetros que empujan hacia actuaciones positivas. Por ejemplo, la eficacia (fines)<sup>172</sup> y la eficiencia (relación de medios a fines)<sup>173</sup>, aunque abstractos, son viejos conocidos del Derecho Administrativo<sup>174</sup>: la tutela judicial ha de ser *efectiva*<sup>175</sup>; la acción administrativa *eficaz*<sup>176</sup>; no caben las *dilaciones* indebidas; el procedimiento administrativo debe de resolverse con *economía, celeridad y eficacia*; la gestión del presupuesto ha de estar presidida por el *principio de economía*<sup>177</sup>; el crecimiento económico ha de ser medioambientalmente *sostenible*; las restricciones de los derechos, *necesarias y proporcionadas*...<sup>178</sup>

Y podríamos seguir: la decisión administrativa debe sustentarse en la *mejor información disponible*; la alimentación debe de ser *segura*; el sistema financiero, *estable*... O, en términos aún más amplios, el Estado, *sostenible económica y socialmente*<sup>179</sup>; o su nivel de endeudamiento, *solidario con las generaciones futuras* (solidaridad intergeneracional)...<sup>180</sup>

Estas pautas o parámetros presentan algunas características:

---

<sup>172</sup> Eficacia en la consecución de los fines fijados (por ejemplo, art. 69.1 de la Ley española 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

<sup>173</sup> Eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos (por ejemplo, art. 69.1 de la Ley española 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

Sobre este último ejemplo, resultan elocuentes las consideraciones de E. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit., pp. 353 y ss., antes, sin embargo, pp. 347 y ss.

<sup>174</sup> Por ejemplo, el art. 1.bis de la Ley italiana de procedimiento administrativo, la 241/19909, dispone que “L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”.

<sup>175</sup> Art. 24.1 C.E., y sus correspondientes en el constitucionalismo comparado, singularmente el equivalente alemán del art. 19.IV GG, entre otros.

<sup>176</sup> Por ejemplo, el art. 103.1 C.E.: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia...”

<sup>177</sup> Por ejemplo, el art. 69.1 de la Ley española 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, dispone:

“Artículo 69 Principios de funcionamiento de la gestión económico-financiera

1. Los sujetos que integran el sector público estatal adecuarán su gestión económico-financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados y de la eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos, en un marco de objetividad y transparencia en su actividad administrativa.”

<sup>178</sup> También es un viejo conocido el principio de proporcionalidad que, más allá de sus postulado de prohibición (queda prohibida toda restricción inútil, innecesaria o exagerada, dicho sea en términos muy simplificados), llama inevitablemente a una ponderación en positivo que busque el equilibrio de los bienes y derechos afectados, y linda no sólo con la eficiencia (relación de medios y costes), sino también con criterios de oportunidad.

Estos tres últimos ejemplos remiten o conectan con la eficacia; en tal sentido, E. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit., pp. 353 y ss.

<sup>179</sup> Por ejemplo, *a contrario*, art. 135.4 C.E. Sobre el tema, *vid.* Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 138 y ss.

<sup>180</sup> Así, por ejemplo, en la Constitución alemana (art. 20.a; 115). *Vid.* José Esteve, citado en nota anterior, *ibidem*.

- (i) Suelen expresarse en forma de principios o de orientaciones, y no en el formato propio de normas concretas y de detalle.
- (ii) Se sitúan en el plano de los objetivos o resultados a garantizar por la Administración (fines), y no en el de las medidas específicas (medios), por lo que no predeterminan una única opción o alternativa.
- (iii) Se mueven en el terreno que linda con la oportunidad, entendida ésta como un ámbito complementario, y no disyuntivo, al de la legalidad (una decisión puede ser legal pero no acertada respecto del principio de economía o de sostenibilidad)<sup>181</sup>. Se ubican, dicho de otro modo, entre dos extremos: la interdicción de la arbitrariedad y la búsqueda de la mejor opción: dentro de esa horquilla se encuentran la mayor parte de los criterios o principios a los que se ha hecho referencia.
- (iv) En ocasiones, se trata de orientaciones extrajurídicas que con el tiempo se transforman y mutan en criterios jurídicos, con base en la legislación<sup>182</sup>.
- (v) Pueden no ser vinculantes (códigos de conducta y Derecho blando en general), o no resultar “sancionables” o exigibles jurídicamente –léase, judicialmente.

A la vista de cuanto ha quedado dicho, la construcción de una teoría de las pautas de conducta, o criterios y parámetros de actuación, tiene ante sí dos retos: el primero, y más elemental, consiste en contribuir a desarrollar su contenido material. El segundo, no menos complejo, reside en establecer los mecanismos de control y sanción. Y es aquí donde ha de romperse la ecuación según la cual o el control es judicial o poco menos que no resulta exigible y no es, en consecuencia, jurídico. Una cosa es que la eficacia o eficiencia, o el crecimiento sostenible no sean eventualmente justiciables, y otra, muy distinta, que no existan para el Derecho Administrativo o que no sean susceptibles de control. Es necesario comenzar, por tanto, por distinguir entre el principio y su control (y exigibilidad).<sup>183</sup> Hay otras instancias de control (parlamentario, de cuentas, de unas Administraciones sobre otras, del público, de los expertos...). Hay otras estrategias regulatorias, como el diseño inteligente del

---

<sup>181</sup> De hecho, los recursos administrativos pueden tener por objeto tanto la legalidad entendida en sentido estricto (observancia de límites y presupuestos), como las razones de oportunidad, y no sólo como hipótesis, sino como un dato que ofrece el Derecho comparado. Así lo dispone expresamente, por ejemplo, el art. 68.1 de la Ley federal alemana de la jurisdicción contencioso-administrativa (*Vernwaltungsgerichtsordnung*), en el que se establece en términos imperativos que antes de ejercer la acción impugnatoria habrá de presentarse un recurso administrativo en el que se deberán examinar las cuestiones de legalidad y de oportunidad (procedimiento administrativo).

<sup>182</sup> Es lo que ha sucedido, por ejemplo, con conceptos como eficacia o eficiencia, o con la cláusula misma del “estado de la ciencia”, a efectos, por ejemplo, indemnizatorios, o de prevención de daños ambientales, convertida en presupuesto para la apertura o no de determinadas instalaciones... O con la “sostenibilidad ambiental”, transformada en requisito para el otorgamiento de autorizaciones. Su incorporación a un contexto normativo no significa, como bien se puede entender, que por ese mero hecho tales conceptos y cláusulas adquieran ya autonomía o carta de naturaleza, sino que de ordinario requieren complementos o remisiones, y mecanismos de control y evaluación extrajudiciales. Así, la eficiencia podrá ser controlada por un tribunal o cámara de cuentas; la sostenibilidad ambiental mediante un informe de sostenibilidad construido con la participación de expertos, del público, de las Administraciones interesadas...

<sup>183</sup> Sobre el tema, E. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, 2003, pp. 351-352.

procedimiento y la organización, que propenden a hacer realidad esos parámetros.<sup>184</sup>

La sistematización del Derecho Administrativo tiene aquí una misión de altura e implica el ajuste de numerosas piezas tradicionales: la forma en que la ley se comporta para dirigir a la Administración; el control jurisdiccional y los controles independientes que midan el resultado y la calidad; etc.

## V. UNA REFLEXIÓN FINAL

La red de actores –públicos y privados- que se insertan en la cadena regulatoria de cualquier sector o ámbito deviene sumamente compleja y cambiante, cada uno de ellos con funciones o roles específicos. Red de actores y multiplicidades de tareas y responsabilidades que no se queda detrás de las fronteras nacionales; no se expresa (siempre) en manifestaciones de poder formal o de autoridad<sup>185</sup>; ni (habitualmente) ejerce funciones meramente ejecutivas<sup>186</sup>.

Este simple dato –la complejidad de la cadena o actividad regulatoria, quebrados los muros tradicionales- muestra la ingente tarea a la que el Derecho Administrativo contemporáneo, tanto en el plano científico, como normativo, se enfrenta.

El Derecho Administrativo clásico tiene ante sí, no a un súbdito, tampoco a un ciudadano mudo, sino a un ciudadano dotado de dignidad humana. Es misión del Derecho Administrativo contemporáneo garantizar igual conquista ante un mundo globalizado, y con nuevas formas de gobierno y de prestación de servicios públicos.

---

<sup>184</sup> Sobre este punto, ya se han hecho algunas consideraciones más arriba (núm. IV.3.a); me remito además al capítulo cuarto de la obra colectiva *Innovación y reforman en el Derecho Administrativo*, 2.0, 2012, cit.

<sup>185</sup> Por ejemplo, estandarizaciones o estándares voluntarios, certificaciones, evaluaciones o controles, etc.

<sup>186</sup> El caso ya citado de los sujetos públicos y privados en los mercados financieros resulta elocuente (nota 14 y 21).