

Nuevos caminos para el Derecho Administrativo: un Manifiesto *
Sabino Cassese **

1. Derecho Administrativo en transición.

Los trabajos publicados en el ámbito del Derecho Administrativo en los últimos diez años contienen numerosas referencias a dos tendencias contrapuestas: por un lado, se habla de “el fin del Derecho Administrativo”, por el otro, de “el Nuevo Derecho Administrativo”. Según la primera, que es principalmente de origen francés y belga, el Derecho Administrativo ha perdido sus peculiaridades (lo que daría lugar a que cada vez exista mayor dificultad a la hora de definir su estado y alcance); también consideran que se ha convertido en un híbrido, se ha desestabilizado y desestructurado, y ahora se halla en ruinas. Esta situación es [siguiendo esta línea] producto de una serie de causas contradictorias: globalización, constitucionalización, desestatalización, privatización, descentralización. Y, como resultado de las presiones ejercidas desde tendencias diversas, el Derecho Administrativo está perdiendo poco a poco su centro: el Estado¹.

Por el contrario, de acuerdo con la segunda perspectiva, que defienden principalmente los estudiosos alemanes, está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo, resultante de un proceso de cambio, modernización y reforma. Este nuevo, o posmoderno, Derecho Administrativo es más abierto que el anterior, y se centra más en “dirigir” o “guiar” que en ordenar. Este nuevo Derecho Administrativo es -desde este ángulo- producto del nuevo rol del Estado como promotor, como facilitador, como un regulador del riesgo, como el timonel de la economía y de la sociedad. Por tanto, requiere un enfoque renovado, más interdisciplinar².

* Cassese, Sabino. “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10(3), 2012, pp. 603-613.

Traducción de Alicia I. Saavedra Bazaga, *European University Institute*, Florencia.

¹ Jean-Bernard Auby, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administrative* [La Batalla de San Román. Reflexiones sobre los desarrollos recientes en Derecho Administrativo], 57 (11) ACTUALITÉ JURIDIQUE—DROIT ADMINISTRATIF 912 (2001); Jean-Marie Pontier, [¿Qué es el Derecho Administrativo?], 62(35) ACTUALITÉ JURIDIQUE—DROIT ADMINISTRATIF 1937 (2006); Paul Martens, [¿Qué queda del Derecho Administrativo?], 30(1) ADMINISTRATION PUBLIQUE 1 (2006); JACQUES CAILLOSSE, LA CONSTITUTION IMAGINAIRE DE L’ADMINISTRATION. RECHERCHES SUR LA POLITIQUE DU DROIT ADMINISTRATIF [La Constitución imaginaria de la Administración. Investigaciones sobre la política del Derecho Administrativo] (2008).

² MATTHIAS RUFFERT ED., THE TRANSFORMATION OF ADMINISTRATIVE LAW IN EUROPE (2007); Wolfgang Hoffmann Riem, *Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft* [Hacia la modernización de la teoría del Derecho], 62 JURISTENZEITUNG 645 (2007); Eberhard Schmidt-Assmann, *Principes de base d’une réforme du droit administrative. Partie 1* [Principios Básicos para una Reforma del Derecho Administrativo. Parte 1.], 24(3) REVUE FRANÇAISE DE DROIT ADMINISTRATIF 427 (2008); Eberhard Schmidt-Assmann, *Principes de base d’une réforme du droit*

¿Debemos compartir la opinión de que el Derecho Administrativo ha alcanzado la etapa final de su vida, o, por el contrario, que está experimentando un proceso intenso de cambio y renovación? ¿Qué prevalece ahora: continuidad y decadencia, o desarrollo y modernización?

Antes de responder a estas preguntas, abordaré una cuestión más general, la relativa a la continuidad y cambio en el Derecho Administrativo.

2. Continuidad y cambio.

Durante mucho tiempo, el Derecho Administrativo se consideró un ámbito en el que reinaba la estabilidad y la continuidad. Otto Mayer, en la introducción a la tercera edición de su *Deutsches Verwaltungsrecht*, apunta que en su época era muy común la siguiente reflexión: "Verfassungsrecht vergeht , Verwaltungsrecht besteht" (mientras que el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece)³.

Esta idea se vio reforzada por el enfoque dogmático que algunos estudiosos del Derecho Administrativo adoptaron en muchos países europeos. Así se dio por sentada la reinterpretación dogmática del Derecho Romano que el alemán Friedrich von Savigny planteó y que se importó al estudio del Derecho Administrativo. Por ejemplo, en Italia, el padre fundador de la escuela de Derecho Administrativo, Vittorio Emanuele Orlando, defendía el "enfoque sistemático", desarrollado por Savigny y los eruditos del Derecho Privado. De esta manera, la escuela de Derecho Administrativo se fue familiarizando progresivamente con los conceptos y métodos que ya estaban asentados en el ámbito del Derecho Privado. El Derecho Administrativo se fundó sobre la base de principios o dogmas atemporales derivados del Derecho Privado.

administrative. Partie 2 et 3, 28(4) REVUE FRANÇAISE DE DROIT ADMINISTRATIF 667 (2008); Gunnar Folke Schuppert, *Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft in Wandel. Von Planung Über Steuerung zu Governance?* [Transformaciones en el Derecho Administrativo y en la Ciencia del Derecho Administrativo. De la planificación y la dirección a la Gobernanza], 133 ARCHIV DES ÖFFENTLICHEN RECHTS 79 (2008); Wolfgang Kahl, *What is "New" about the "New Administrative Law Science" in Germany* 16(1) EUR. PUB. L. 105 (2010); Karl-Heinz Ladeur, *The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law*, Osgoode Hall Law School Research Paper Series nº. 16 (2011).

³ OTTO MAYER, *DEUTSCHES VERWALTUNGSRECHT* [Derecho Administrativo Alemán], vol. 1 (Nachdruck, 1961 [1923]): Vorwort zur dritten Auflage [Prólogo a la Tercera Edición], en vi. Véase también Tom Ginsburg, *Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law*, en *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* 117, 121 (Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds., 2010) ("[A]dministrative law institutions endure, while constitutions do not").

La continuidad de los modelos de estudio corría en paralelo con la idea de continuidad de las instituciones administrativas.

En los últimos veinte años, esas premisas han quedado obsoletas, dados los impresionantes cambios de las instituciones administrativas. No hay que perder de vista los fenómenos que han ido sucediéndose, como la globalización, la privatización, la participación ciudadana, o las nuevas responsabilidades fiscales a nivel global. La idea de que los conceptos de Derecho Administrativo pueden permanecer estables en el tiempo ya se ha abandonado.

El rápido desarrollo de ciertos fenómenos dentro del Derecho Administrativo ha propiciado que los modelos culturales de este ámbito en particular se vuelvan inadecuados. Han surgido nuevos conceptos e ideas que han penetrado en la literatura: la "Nueva Gestión Pública", la gobernanza, la rendición de cuentas [*accountability*], los organismos expertos, la dirección [*steering*]. Pero, como la continuidad y el cambio van de la mano, es difícil estudiar este mosaico de contradicciones utilizando viejos métodos.

El propósito de este artículo consiste en catalogar y analizar de manera sucinta los principales cambios que han ido sucediéndose en Europa en los últimos veinte años. También se hará referencia a cómo han cambiado los métodos de estudio del Derecho Administrativo⁴. La discontinuidad en el ámbito de las instituciones administrativas requiere discontinuidad en los enfoques que se adopten al estudiar el nuevo Derecho Administrativo. Los investigadores de este nuevo Derecho Administrativo necesitan que se les reoriente, necesitan un nuevo marco que sea capaz de explicar esos cambios.

3. Más allá del Estado.

Según Otto Mayer, "[l]a Administración es la actividad del Estado destinada al cumplimiento de sus fines"⁵. Por lo tanto, el Derecho Administrativo se originó como producto del Estado; pero ahora se ha vuelto dependiente de otros poderes transnacionales, globales y locales. Actualmente se suceden muchos fenómenos complejos.

Algunos de éstos fenómenos son: el crecimiento de los poderes ultra-nacionales e intra-nacionales; el aumento del "dédoublement fonctionnel" (separación funcional), en la que los Gobiernos nacionales actúan tanto con poderes soberanos como con poderes "delegados" de organismos ultranacionales;

⁴ SABINO CASSESE, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE [El Derecho Administrativo: Historia y Perspectivas] (2010).

⁵ MAYER, nota 3, y 1 ("Danach ist Verwaltung . . . Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke.").

el desarrollo de principios básicos de Derecho Administrativo a nivel mundial, nacional y local (por ejemplo, en Europa, el principio de “buena administración”); la estatalidad abierta (“offene Staatlichkeit”) y el aumento de la comunicación entre los ordenamientos jurídicos nacionales, gracias a la cual los principios pueden circular (por ejemplo, el principio de proporcionalidad, originario del ordenamiento jurídico alemán, se exportó a la Unión Europea, y de allí a muchos ordenamientos jurídicos nacionales). Más fenómenos a destacar serían, entre otros, el crecimiento de principios compartidos por varios ordenamientos jurídicos, a nivel mundial, nacional y local, que se transforman así en universales (por ejemplo, el derecho de audiencia, la obligación de motivación, el control de constitucionalidad de la ley), aumentando las oportunidades de participación ciudadana, aunque también los conflictos; el reconocimiento de derechos no sólo por las Constituciones nacionales, sino también por normas globales y que se imponen a los ordenamientos jurídicos nacionales. Por último cabe destacar el fenómeno de la sujeción de los Gobiernos nacionales a una tendencia contradictoria: por una parte, su soberanía se ve disminuida; por otra, desempeñan nuevas tareas (por ejemplo, controlan la lucha contra el terrorismo global o el calentamiento global) que hubieran adquirido antes, pero que ahora se les obliga a compartir con otros Estados (por esa razón, la bibliografía más relevante sobre el tema habla con frecuencia de la disminución de la soberanía del Estado y sobre la necesidad de “recuperar al Estado”).

La evolución más importante es la expansión de un espacio global y de un sistema de gobierno global. En estos ámbitos, además de operar fuerzas enfrentadas, existen conjuntos de organizaciones que reclaman el control, ya no sobre territorios y personas, sino sobre funciones⁶.

Estas tendencias requieren que los estudios de Derecho Administrativo se desnacionalicen. Hasta el momento, el nacionalismo ha sido la forma predominante a través del cual se ha llevado a cabo el análisis del Derecho Administrativo. Sin embargo, como los principios básicos comunes ya han crecido a todos los niveles, nacional, transnacional y global, los estudiosos del Derecho Administrativo deben renunciar a este tradicional enfoque nacional.

De hecho, por ejemplo, para entender la Unión Europea, hay que inspirarse en el modelo imperial en lugar de en el estatal. Al igual que los imperios, la Unión es una estructura compuesta.

Los intentos de establecer un espacio europeo común de investigación en el campo del derecho público ya están en marcha⁷.

4. Más allá de la democracia.

La democracia representativa y el modelo tradicional de legitimidad (gobernantes vs. gobernados) se han agotado. En todos los países, y en general en el mundo, los

⁶ SABINO CASSESE, *THE GLOBAL POLITY* [Global Law Press, 2011].

⁷ Armin von Bogdandy, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum* [German Jurisprudence in European Legal Space/Jurisprudencia alemana en el Espacio Jurídico Europeo], 66(1) JURISTENZEITUNG 1 (2011).

poderes públicos y la sociedad civil buscan nuevas fuentes de legitimidad, y se analizan nuevas formas mediante las cuales el poder tenga que rendir cuentas, se responsabilice.

Los ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales siguen dos direcciones diferentes. La rendición de cuentas vertical se yuxtapone cada vez más a la rendición de cuentas horizontal (rendición de cuentas interinstitucional)⁸. Los Gobiernos nacionales responden ante otros Gobiernos nacionales y ante las instituciones supranacionales, así como las agencias reguladoras independientes constituyen el contrapeso de los órganos ministeriales. El poder se ha desplazado hacia los “guardianes-tecnócratas”, apartados de toda influencia política⁹.

La delegación del poder a través de elecciones está flanqueada por la participación en el proceso de toma de decisiones: el urbanismo a gran escala, el medio ambiente y las decisiones normativas requieren consultas públicas mediante las cuales los ciudadanos puedan hacerse oír. La participación popular y la democracia deliberativa complementan la democracia representativa.

Estos desarrollos constitucionales también afectan al Derecho Administrativo. A nivel global, las redes administrativas y la Administración compartida se convierten en una necesidad debido al aumento de la cooperación política en las instituciones intergubernamentales globales y en organismos reguladores híbridos a escala global. A nivel nacional, la colaboración y la rendición de cuentas horizontal son producto de la creciente fragmentación de los poderes ejecutivos nacionales en diferentes administraciones.

Para permitir la participación, se necesitan normas de procedimiento detalladas. Por lo tanto, la regulación administrativa consiste, cada vez más, en la regulación de procedimientos (la libertad aumenta en los intersticios del procedimiento).

Como consecuencia de esta evolución, se abre una nueva área de estudio para los investigadores de Derecho Administrativo, estudio que en el pasado tuvo lugar en esencia a través de líneas verticales. Ello requiere una atención renovada a la cooperación, a la decisión compartida (codecisión) y a la rendición de cuentas recíproca, así como al procedimiento, transparencia y acceso a la información, notificación y formulación de observaciones, audiencias y decisiones motivadas. En

⁸ Guillermo O'Donnell, *Horizontal Accountability in New Democracies* [Rendición de Cuentas Horizontal en las Nuevas Democracias], en *THE SELF-RESTRAINING STATE. POWER AND ACCOUNTABILITY IN NEW DEMOCRACIES* 29 (Andreas Schedler, Larry Diamond, & Marc F. Plattner eds., 1999).

⁹ ALASDAIR ROBERTS, *THE LOGIC OF DISCIPLINE: GLOBAL CAPITALISM AND THE ARCHITECTURE OF GOVERNMENT* (2010).

particular, la “procedimentalización” del Derecho Administrativo hace necesario un nuevo enfoque, porque la centralidad de las decisiones administrativas se ha sustituido por la del procedimiento.

5. Privado vs público.

El Derecho Administrativo se concibió desde un principio como Derecho “especial”, separado del Derecho Privado.

La globalización, los Gobiernos sobrecargados, la privatización y las nuevas técnicas de gestión pública, han atenuado y desdibujado la división entre lo público y lo privado. El Derecho Privado invade el espacio del Derecho Público y erosiona su especificidad¹⁰.

En el sistema global de gobierno, los organismos híbridos y privados son tan numerosos como los organismos públicos.

Los Gobiernos nacionales recurren cada vez más al uso del Derecho Privado. Los contratos entre personas públicas y privadas, antes casi desconocidos (porque cuestionaban la idea misma de soberanía del Estado), son ahora un rasgo característico de la actividad estatal. En consecuencia, el Estado llega a depender de la colaboración con la sociedad civil.

Con la aparición del Estado facilitador, la actividad pública ha pasado a centrarse en medidas que permitan el financiamiento de las prestaciones a través del mercado. Por lo tanto, gran parte de la asistencia social se ha convertido en una actividad lucrativa, privatizada, en un negocio rentable¹¹. La externalización para la prestación de servicios públicos y la colaboración público-privadas aumentan la eficiencia y el localismo, que a su vez contribuyen a la fragmentación del Estado.

Por otro lado, las instituciones privadas aplican cada vez más normas de Derecho Administrativo (dos ejemplos ilustrativos son los estatutos de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN, por sus siglas en inglés), que contienen una especie de ley de procedimiento administrativo, y las normas de la Agencia Mundial Antidopaje (WADA, por sus siglas en inglés)¹²). Así

¹⁰ Giulio Napolitano, *Pubblico e private nel diritto amministrativo* [Derecho Administrativo público y Privado] (2003); Pierre van Ommeslaghe, *Le droit public existe-t-il?* [¿Existe el Derecho Público?], 33(1) REVUE DE LA FACULTÉ DE DROIT UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES 15 (2006); Peter M. Huber, *Die Demontage des Öffentlichen Rechts* [El desmantelamiento del Derecho Público], en WIRTSCHAFT – VERWALTUNG – RECHT. FESTSCHRIFT FÜR ROLF STOBER 547 (Winfried Kluth & Rolf Stober eds., 2008).

¹¹ NEIL GILBERT & BARBARA GILBERT, *THE ENABLING STATE: MODERN WELFARE CAPITALISM IN AMERICA* [El Estado Propiciador: Capitalismo del Bienestar Moderado en América] (1989).

¹² Véase LORENZO CASINI, *IL DIRITTO GLOBALE DELLO SPORT* [Derecho Global del Deporte] (2010).

como los organismos públicos no están necesariamente sujetos al Derecho Administrativo, los organismos privados tampoco lo están al Derecho Privado. Temas como las empresas estatales, las colaboración público-privadas, los incentivos públicos a empresas privadas y la regulación orientada al mercado se convierten en piezas fundamentales para el análisis del Derecho Administrativo.

Este estado de cosas hace que sea necesario apartarse del modelo tradicional del régimen de Derecho Público, “despublicar” el enfoque que adoptan los investigadores de Derecho Administrativo y, también, estudiar las ambigüedades y la riqueza de las interconexiones existentes entre el Derecho Público y el Privado.

6. La “máquina administrativa”.

Entre los siglos XIX y XX, la Administración al estilo weberiano era una “máquina”, con un desarrollo lineal y procesos de toma de decisiones lineales o secuenciales. De acuerdo con esta forma mecánica de regulación, el poder ejecutivo se gobernaba desde arriba (los políticos gobernaban a las Administraciones y al personal al servicio de la Administración); las Administraciones y agencias prestaban los servicios que la sociedad les demandaba tal como esta demanda era interpretada por los parlamentos; los procesos de toma de decisiones seguían un curso que iba directamente desde el que los iniciaba (normalmente un político de alto nivel) hasta quien tomaba la decisión (de nuevo un político), a través de la maquinaria de las Administraciones que las aplicaban.

En los últimos cincuenta años, el panorama se ha vuelto más complejo. Administración, política y sociedad forman ahora un triángulo; ya no hay una línea divisoria clara entre la Administración y la sociedad; la negociación se desarrolla en paralelo al “orden y mando”; en cuanto nuevos servicios requieren nuevas estructuras, estas nuevas estructuras establecen vínculos con sus clientes institucionales y atraen nuevos clientes (tanto a nivel interno como externo); los procesos de toma de decisiones se sustituyen o se acompañan de consultas, mediación, procedimientos de carácter parlamentario, o, simplemente, se sale del paso. “La vieja imagen de una Administración pública jerárquica que aplica de forma unilateral objetivos políticos bien definidos, establecidos legalmente, hoy en día compete con la visión de un proceso administrativo abierto, colaborativo y en red”¹³.

Los estudiosos del Derecho Administrativo deben adaptar sus modelos y técnicas de investigación a esta nueva realidad. Han de prepararse para estudiar el Derecho Administrativo no como una estructura mecánica, sino como un mercado donde tienen lugar negociaciones cruzadas. “Para asimilar la nueva realidad, el Derecho

¹³ Francesca Bignami, *From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law* [De una Administración Experta a una Red de Responsabilidad: Un Nuevo Modelo para el Derecho Administrativo Comparado], 59 AM. J. COMP. L. 859, 869 (2011).

Administrativo comparado no debería definirse ya como las normas y los mecanismos de reparación judicial que garantizan el funcionamiento eficaz de la Administración, sino más bien como una red de rendición de cuentas a través de la cual los funcionarios públicos se sumergen en sus órdenes sociales de naturaleza democrático-liberal.”¹⁴ Este enfoque requiere que se le preste más atención a las reglas que rigen el cambio y a una concepción distinta de Derecho Administrativo, pero visto no como un conjunto estático de reglas y mecanismos, sino como un sistema dinámico, capaz de interactuar con su entorno.

7. El Poder Ejecutivo, entre la política y la sociedad.

El poder ejecutivo, que una vez sirvió a los políticos electos y al Estado prestador de servicios básicos (como defensa, orden público, recaudación de impuestos), ahora se ha convertido en el mayor instrumento de la sociedad. También se ha ido distanciando de la política e integrándose progresivamente en la sociedad. El Estado ya no es ajeno a la sociedad del mismo modo que tampoco lo es con respecto a la economía.

El tamaño del aparato de gobierno da buena cuenta de estos significativos cambios: hace un siglo, el empleo público se situaba entre el uno y el cinco por ciento de la población activa, mientras que hoy esa cifra se ha elevado hasta situarse entre el diez y el cincuenta por ciento.¹⁵ El Estado se ha convertido en el empleador e intermediario financiero más importante. Además, es el protagonista de todos los sucesos sociales y económicos. El surgimiento del Estado administrativo ha hecho que la regulación sea omnipresente.

Por otra parte, la “máquina” administrativa ha sido capaz, con el tiempo, de adaptarse a las presiones políticas y sociales, primero, mediante la expansión, después, mediante la reducción, y ahora volviendo a la expansión de sus propias dimensiones.

La estructura administrativa del gobierno se ha integrado en la política, en la sociedad y en la economía, reproduciendo las principales características de un Estado corporativista, donde las diferentes ramas del Ejecutivo o Administraciones son “capturadas” por sus intereses constitutivos, aunque también “capturan” de éstos cierto grado de legitimidad sectorial. Por lo tanto, mientras que el Derecho Constitucional aún está organizado en torno a un centro (Parlamento, Gobierno, Tribunal Supremo), el Derecho Administrativo ha perdido su centro, se ha fragmentado y es multipolar.

¹⁴ *Id.* en 872 [del *International Journal of Constitutional Law*, 2012, Vol. 10(3)].

¹⁵ OECD, GOVERNMENT AT A GLANCE [El Gobierno en un Vistazo] 2011 (2011).

En consecuencia, no se puede entender la Administración y su Derecho si no se estudia la cultura administrativa de un país y sus valores cívicos. Por ejemplo, el grado de industrialización y la experiencia de las guerras y de la necesidad de mantener grandes ejércitos tienen un impacto significativo en la gestión de gobierno, tanto en cuanto a culturas de gestión difusa, como en lo que hace a las actitudes populares de escepticismo o de deferencia en su relación con el Estado.

La siguiente tarea para los investigadores de Derecho Administrativo será volver a integrar la sociedad y la política en el estudio de la Administración, analizando los numerosos vínculos y conexiones entre la sociedad y las Administraciones, en los que la política suele actuar de intermediario.

8. De la bipolaridad a la multipolaridad.

Tradicionalmente, la base del Derecho Administrativo la constituía la relación bipolar entre el “administré” y la “autorité publique”. No obstante, en los últimos treinta años se han producido dos fenómenos. El “administré”, sujeto a las autoridades administrativas, se ha convertido en un ciudadano, plenamente facultado para el ejercicio de derechos frente al Gobierno: por ejemplo, tiene derecho a ser informado, a hacerse oír, a la motivación de las decisiones y a que las mismas puedan revisarlas tribunales independientes. De la misma manera, la “revolución de los derechos” ha producido muchos cambios trascendentes en el ámbito del Derecho Administrativo.

Sufragio ampliado, sociedades organizadas y fragmentación de los poderes ejecutivos son factores que han sustituido la bipolaridad por la multipolaridad. Actualmente el panorama administrativo lo dominan las relaciones multipolares entre una pluralidad de organismos públicos autónomos e intereses privados contrapuestos. Por ejemplo, en el campo de las finanzas privadas, existen numerosas agencias, tanto a nivel estatal como de la Unión Europea, que interactúan con bancos, compañías de seguros y mercados de valores. El Estado se ve atravesado por Intereses privados en conflicto, los cuales, además, deben gestionarse mediante agencias estatales (por ejemplo, industria vs ambiente, bancos vs seguros, seguros vs asistencia sanitaria). Los conflictos sociales y económicos también adquieren una dimensión administrativa y necesitan árbitros administrativos o políticos.

Hasta ahora, los académicos del Derecho Administrativo se han centrado en el ciudadano sólo como destinatario de mandatos o prestaciones públicas y en las relaciones bipolares entre el Estado y los ciudadanos. Los estudiosos del nuevo Derecho Administrativo tienen encomendada una nueva tarea. Han de desarrollar una visión renovada de las leyes e instrumentos legales que rigen el procedimiento administrativo, viéndolos no sólo como normas de procedimiento administrativo

(que distribuyen el poder entre las agencias gubernamentales), sino como cartas de derechos de los ciudadanos frente a las autoridades administrativas (que imponen deberes a las agencias, en beneficio de los particulares). Deben estudiar los “espacios” en los que los intereses en conflicto se encuentran, dialogan, se oponen y alcanzan acuerdos, y en los que las agencias actúan como promotores, árbitros y supervisores.¹⁶

9. La crisis de la legalidad.

La Administración está sujeta al Derecho; por ello, existe un Derecho Administrativo. Pero el Derecho no limita totalmente las actividades de la Administración pública. Hay “agujeros negros” y “agujeros grises” (ámbitos como el militar y el de asuntos exteriores en los que el Ejecutivo está exento de límites legales).¹⁷

Las prerrogativas y privilegios del ejecutivo, ampliamente aceptados en su día, hoy se consideran contrarios al imperio de la ley y al principio de control de constitucionalidad. Existe, por tanto, una constante tensión entre los poderes ejecutivos y las expectativas sociales de las instituciones basadas en derechos.

Por otra parte, hay áreas donde las agencias del Gobierno deben abordar problemas complejos y tecnológicos de manera flexible o seguir el principio de precaución (por ejemplo, en materia de medio ambiente) y los requisitos de estricta legalidad no pueden suponer un límite.¹⁸

Por último, el ejecutivo recurre con frecuencia a la acción informal o no formalizada. Por ejemplo, elabora informes y lleva a cabo consultas informales o acuerdos de cooperación,¹⁹ que ni son obligatorios ni están prohibidos.

Estos avances abren un conjunto de temas totalmente nuevo para los estudiosos del Derecho Administrativo. La academia tradicional ha trabajado basándose en leyes, decisiones judiciales y prácticas institucionales. La nueva academia tiene una tarea mucho más difícil: estudiar las prácticas institucionales sin la guía de las leyes ni de

¹⁶ Sabino Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato* [El espacio Público. Nuevos Modelos para el Estado], en *LA CRISI DELLO STATO* [La Crisis del Estado] 74 (2002).

¹⁷ Adrian Vermeule, *Our Schmittian Administrative Law* [Nuestro Derecho Administrativo Schmittiano], 122(4) *HARV. L. REV.* 1096 (2009).

¹⁸ ELIZABETH FISCHER, *RISK REGULATION AND ADMINISTRATIVE CONSTITUTIONALISM* [Regulación del Riesgo y Constitucionalismo Administrativo] 43 (2007); Anne-Christine Favre, *Cent ans de droit administrative: de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux* [Cien años de Derecho Administrativo: de la Gestión del orden Público a la Gestión del Riesgo Medioambiental], 130(2) *ZEITSCHRIFT FÜR SCHWEIZERISCHES RECHT* 233 (2011).

¹⁹ Richard B. Stewart, *Administrative Law in The Twenty-First Century* [El Derecho Administrativo del Siglo XXI], en 78(2) *N.Y.U. L. Rev.* 437 (2003).

las decisiones judiciales. Ha de llevar a cabo un trabajo de campo que incluya entrevistas y análisis de documentos oficiales y datos estadísticos, con el fin de estudiar estas áreas no reguladas.

10. El fin de la era de las revoluciones.

En el pasado, en el ámbito europeo, las revoluciones y las guerras eran las principales causas de los cambios en el Derecho Administrativo. Sin embargo, ahora, la era de las revoluciones y guerras ha llegado a su fin. Ello ha tenido un impacto en los sistemas de los Gobiernos, ya que o se sienten liberados de la obligación de un cambio importante, o sujetos a un cambio más gradual. El Derecho Administrativo depende más de la historia y de las trayectorias pasadas; de ahí que la estratificación institucional sea la norma.

Por lo tanto, el Derecho Administrativo se compone de varias capas, acumuladas y yuxtapuestas: “los enfoques anteriores no han desaparecido. El Derecho Administrativo ha sido profundamente conservador. A través de un proceso de adaptación evolutiva a las circunstancias cambiantes de la sociedad, las formas más antiguas continúan, pero con funciones distintas”²⁰.

Por otra parte, “la manera en que las instituciones administrativas se forman, crecen y se ven limitadas en cualquier Estado es, en efecto, un fenómeno multicausal.”²¹ Los factores que influyen en el desarrollo administrativo son las ideas e ideologías, condiciones económicas, disposiciones constitucionales, tradiciones sociales, el tiempo y la historia (y, según Montesquieu, incluso el clima).

Ello requiere análisis estratigráficos de las capas superpuestas de normas, de sus contextos y de sus interacciones. Un ejemplo clásico de normas e instituciones estratificadas son las normas presupuestarias, que reflejan cambios presupuestarios graduales.

El estudio de estas estructuras complejas exige, en primer lugar, atender a la historia y a los contextos en que se originaron, así como a contextos diferentes, a ideologías subyacentes y a las contingencias históricas; en segundo lugar, requiere un análisis de las interrelaciones entre los diferentes estratos, para establecer cómo se combinan y cuáles son las normas e instituciones que prevalecen.

²⁰ *Id.* en 443–444 [del *International Journal of Constitutional Law*, 2012, Vol. 10(3)].

²¹ Jerry L. Mashaw, *Explaining Administrative Law: Reflections on Federal Administrative Law in Nineteenth-Century America* [Una explicación sobre el Derecho Administrativo: Reflexiones sobre el Derecho Administrativo Federal en la América del Siglo XIX], en *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW*, nota 3, 37, en 37.

11. De una economía abierta a la comunicación entre sistemas jurídicos.

A medida que las economías se vuelven cada vez más abiertas, los ordenamientos jurídicos se hacen más interdependientes. Los ordenamientos jurídicos nacionales ya no constituyen sistemas autónomos. Los intercambios, la importación y exportación de las instituciones, y el diálogo entre los jueces son prácticas frecuentes. Un espacio jurídico abierto reemplaza la naturaleza cerrada de los territorios nacionales.

El mundo se ha convertido en un “bazar cultural”, donde es posible “ir de compra institucional”, y por lo tanto trasladar bloques de principios de unos ordenamientos jurídicos a otros.²² No sólo se dan trasplantes en el ámbito jurídico, también se dan intercambios fecundos, emulaciones, penetraciones, armonizaciones y auto-armonizaciones.²³ Las redes de poder y las comunidades políticas transnacionales se hallan muy activas. Junto a la “lex mercatoria”, han aparecido comerciantes en Derecho Administrativo.

Esto no significa que todos los ordenamientos jurídicos nacionales se parezcan. Tanto las tradiciones como los contextos culturales desempeñan un papel importantísimo en la transformación de las instituciones convergentes y a su vez sirven para diferenciarlas.

Se trata de evoluciones que requieren dos grandes cambios en el estudio del Derecho Administrativo. Por un lado, que se introduzca el elemento de la comparación: cada vez es más cierto que el Derecho de un país no puede entenderse plenamente si se estudia de forma aislada. La comunidad académica de Derecho Administrativo no puede limitarse al estudio aislado de un solo ordenamiento jurídico. Por otra parte, en este punto, la comparación requiere un enfoque de “Derecho total”, que implique el estudio del Derecho escrito (es decir, de leyes e instrumentos legales), del Derecho en acción, las convenciones, la práctica jurídica y la costumbre, la historia y los mitos legales.

Por otro lado, esta evolución ha de ir más allá de la simple comparación y tener en cuenta una dimensión más amplia, formada por los ordenamientos jurídicos interoperativos y por la formación, la difusión y el impacto de ideas y principios comunes en numerosos ordenamientos jurídicos. En otras palabras, la evolución y las nuevas tendencias requieren la adopción de lo que se ha llamado la “visión cosmopolita”²⁴.

²² See SUJIT CHOUDHRY ED., *THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* [La Migración de Ideas Constitucionales] (2006).

²³ Colin J. Bennett, *Review Article. What Is Policy Convergence and What Causes It* [Reseña. Qué es la Convergencia Política y qué la Causa], 21(2) BRIT. J. POL. SCI. 215 (1991).

²⁴ ULRICH BECK, *THE COSMOPOLITAN VISION* (2006). Véase también Luigi Moccia, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo. Un punto di vista globale* [Comparación jurídica, derecho y jurista

Por ejemplo, para estudiar la diferencia entre el Derecho consuetudinario, *common law*, y los ordenamientos jurídicos continentales, se necesita explorar las diferentes tradiciones estatales, “*étatisme*”, por un lado, y “desestatalización”, por otro; las nociones de “*Rechtsstaat*”, Estado de Derecho, y “*legalité*”, y sus peculiaridades y similitudes; instituciones y pluralismo al otro lado de los conceptos de Estado y monismo; la noción de “*service public*”, que se desarrolló en Francia como reacción al concepto alemán de “*Herrschaft*”; “autogobierno” y su opuesto, centralización; la difusión mundial y las muchas reinterpretaciones nacionales de la “Nueva Gestión Pública”; la difusión mundial de la justicia administrativa y del principio de proporcionalidad; la convergencia de los sistemas dualista y monista en un patrón común (especializado en la revisión judicial de las decisiones administrativas); la combinación de los diversos modelos e ideologías nacionales como consecuencia del aumento de la comunicación entre los ordenamientos jurídicos.

De la misma manera que el Derecho Administrativo se desarrolló por primera vez en Europa, también es importante estudiar las raíces europeas comunes de las culturas administrativas nacionales que se fueron distanciando posteriormente.

12. Pluralismo metodológico.

Las Facultades de Derecho se crearon para formar profesionales, principalmente abogados y jueces. Hoy, su propósito debe ir más allá, puesto que también deben estar al servicio de legisladores, árbitros y gestores.

En sus orígenes, cuando su función era servir de herramienta de formación para ciertas profesiones jurídicas, la escuela de Derecho Administrativo se esforzó por encontrar su método propio, exclusivo.

Hoy, las exigencias se han diversificado, por lo que se requieren nuevas técnicas de análisis, no una sola metodología. De hecho, cada problema requiere un método distinto de análisis. No hay exclusividad, sino más bien pluralismo metodológico (análisis jurídicos, económicos y políticos del Derecho), con la importante salvedad de que los estudiosos del Derecho Administrativo no deben dejarse embaucar por un empirismo ciego que les haga perder de vista ciertas categorías básicas que impulsan el análisis jurídico.

El Derecho Administrativo ha de reposicionarse en el campo de las ciencias sociales (economía y política) y reencontrar sus conexiones con la historia. ¿Se puede estudiar el papel que desempeña el Estado en la economía ignorando el enfoque económico del Derecho? De manera más general, ¿el análisis económico del Derecho Público puede enseñarles algo a los administrativistas?²⁵ Si el poder ejecutivo está integrado

uropeo. Un punto de vista global], 3 RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE 767 (2011).

²⁵ Giulio Napolitano y Michele Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti* [El análisis económico del derecho público. Teorías, aplicaciones y límites] (2009).

en el ámbito de la política, y si la Administración es parte de la política, ¿puede ser que el estudio del Derecho Administrativo ignore la ciencia política? Y ¿qué puede enseñar la ciencia política, en términos de métodos y modelos, a los administrativistas? La dependencia con el patrón establecido y la estratificación institucional son la norma en el campo del Derecho Administrativo. Por lo tanto, la historia es una herramienta de análisis indispensable para los estudiosos del Derecho Administrativo.

En un mundo plural y abierto, en el que los ordenamientos jurídicos se comunican, el nacionalismo metodológico, el excepcionalismo y el contextualismo limitado devienen obsoletos: “el aislamiento nacional de la ciencia jurídica es anacrónico”²⁶. Pero una escuela jurídica con la ambición de ser no sólo nacional, sino universal, no puede estar inspirada en las mismas convicciones metodológicas y debe rechazar la idea de que sólo hay una forma de pensamiento jurídico.²⁷ Una teoría doctrinal del Derecho no implica necesariamente una búsqueda de coherencia interna, de un sistema racional y organizado, o de un todo lógicamente consistente.²⁸ Por lo tanto, es imposible “reconstituir la Escuela Histórica del Derecho de Savigny a nivel europeo”²⁹ (o a nivel universal).

²⁶ Reinhard Zimmermann, *Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science* [El legado de Savigny. Historia jurídica, derecho comparado y la emergencia de una ciencia jurídica europea] 117 LAW Q. REV. 576, 581 (1996).

²⁷ Catharine Wells, *Langdell and the Invention of Legal Doctrine* [Langdell y el invento de la doctrina jurídica], University of Southern California Law School Working Paper Series nº. 591, 551 (2009).

²⁸ Como propone Zimmermann, *supra* nota 26, en 578 y 585 [del *International Journal of Constitutional Law*, 2012, Vol. 10(3)].

²⁹ en 605 [del *International Journal of Constitutional Law*, 2012, Vol. 10(3)] .