

CAPÍTULO PRIMERO

CUESTIONES FUNDAMENTALES SOBRE
LA REFORMA DE LA TEORÍA GENERAL DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO.

NECESIDAD DE LA INNOVACIÓN Y PRESUPUESTOS
METODOLÓGICOS

Eberhard Schmidt-Aßmann

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| <i>PRIMERA PARTE: LA NECESIDAD DE REFORMAR EL DERECHO ADMINISTRATIVO</i> | |
| I. EL DERECHO, ENTRE LA ESTABILIDAD Y LA FLEXIBILIDAD: LAS APOR- TACIONES DE LA JURISPRUDENCIA, LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA EN RELACIÓN CON LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO | 21 |
| 1. El papel de la jurisprudencia | 22 |
| 2. La creciente importancia del legislador en relación con la Parte General del Derecho Administrativo | 24 |
| 3. La función de la doctrina | 25 |
| 4. El Ejecutivo como impulsor del desarrollo del Derecho Administrativo | 27 |
| 5. La interacción de los cuatro factores. La división del trabajo y el reparto de funciones | 28 |
| II. LA INSUFICIENCIA DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO | 29 |
| 1. La concepción tradicional del Derecho Administrativo | 29 |
| 2. El análisis distorsionado del Derecho Administrativo como consecuencia de los «estándares de normalidad» de la dogmática tradicional | 31 |
| III. SOBRE LOS CONCEPTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA | 33 |
| <i>SEGUNDA PARTE: TRES PLANTEAMIENTOS IMPORTANTES PARA LA REFORMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO</i> | |
| I. EL POSTULADO DE LA CIENCIA DE LA DIRECCIÓN | 37 |
| 1. El concepto de dirección: elementos y límites | 40 |
| 2. Estructura reguladora y gobernanza | 43 |

| | |
|---|----|
| II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO | 46 |
| 1. «El Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concretizado» | 46 |
| 2. Directrices de la cláusula del Estado de Derecho | 52 |
| 3. Directrices del principio democrático | 57 |
| 4. La opción constitucional en favor de una «estatalidad abierta» | 66 |
| 5. La trascendencia de determinar los fines del Estado: el principio de Estado social | 67 |
| 6. La constitucionalización: el Derecho Constitucional como «trans- formador» de los nuevos retos del Derecho Administrativo | 72 |
| III. EL RECURSO A LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO ADMINIS- TRATIVO: LOS «ÁMBITOS DE REFERENCIA» | 74 |
| 1. La correcta selección de los «ámbitos de referencia» | 74 |
| 2. El planteamiento metodológico: la conexión con la práctica | 76 |
| IV. OBSERVACIONES FINALES | 77 |

TERCERA PARTE: EL CAMBIO DE PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 79

| | |
|---|----|
| I. «DE LA PERSPECTIVA DEL CONTROL JUDICIAL A LA PERSPECTIVA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA» | 81 |
| 1. De la centralidad del control judicial a una teoría integral del control | 82 |
| 2. La perspectiva de la acción administrativa como complemento de la perspectiva del control | 86 |
| II. «DE LA DOGMÁTICA DE LA EJECUCIÓN A LA ADMINISTRACIÓN DIRIGIDA POR LA LEY» | 89 |
| 1. Planteamiento clásico: la legalidad de la acción administrativa entendida como aplicación de la ley | 89 |
| 2. Planteamiento obligado: la construcción de un modelo complejo para estructurar y explicar la aplicación de la Ley por parte de la Administración | 90 |
| III. «DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA PRESTACIÓN A UN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA GARANTÍA DE LA PRESTACIÓN» | 96 |

| | |
|--|-----|
| <i>CUARTA PARTE: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y SU FUNCIÓN INNOVADORA ANTE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO</i> | 103 |
| I. LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA COMO UNA UNIÓN O CONJUNTO INTERRELACIONADO DE INFORMACIÓN, ACTUACIÓN Y CONTROL | 104 |
| 1. Las Administraciones nacionales constituyen la base | 105 |
| 2. Las instancias administrativas de la Unión Europea | 106 |
| 3. La cooperación y la creación de redes | 108 |
| 4. Problemas particulares que suscita la acción conjunta o la asociación de Administraciones del espacio comunitario | 110 |
| II. LAS CONTRIBUCIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO A LA ORDENACIÓN DEL MODELO | 111 |
| 1. El Tratado de la Comunidad Europea y los principios generales de la aplicación o ejecución | 111 |
| 2. La Administración europea en el Proyecto de Constitución Europea | 113 |
| 3. El significado de la Carta de Derechos Fundamentales | 114 |
| 4. El derecho a una buena Administración | 116 |
| III. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA EVOLUCIÓN FUTURA | 118 |
| <i>QUINTA PARTE: CUESTIONES METODOLÓGICAS DEL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO</i> | |
| I. LOS PLANOS DE LA DISCUSIÓN METODOLÓGICA | 123 |
| II. LOS DISTINTOS MÉTODOS DE CONCRECIÓN O DESARROLLO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO | 124 |
| 1. Los métodos básicos: la simple aplicación de la Ley y el Derecho . | 125 |
| 2. Los métodos para las situaciones y escenarios complejos de toma de decisiones | 128 |
| III. LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON LAS CIENCIAS AFINES | 129 |

PRIMERA PARTE
LA NECESIDAD DE REFORMAR EL DERECHO
ADMINISTRATIVO*

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

EL Derecho ha de dar una respuesta estable a las expectativas sociales que se generan en relación con las conductas y las acciones de los distintos sujetos; en otras palabras, ha de cumplir una función orientadora. En ese sentido, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima contribuyen a esa estabilidad y, en cuanto elementos de la cláusula del Estado de Derecho, resultan irrenunciables. Por lo demás, la misma estructura del Derecho presenta una marcada dimensión en favor de esa estabilidad.

Al mismo tiempo, sin embargo, las sociedades modernas se encuentran sometidas a un proceso de constante movimiento y transformación y han de enfrentarse a nuevos retos. Si el Derecho se concentra en exceso en la función estabilizadora que le es inherente, correría el peligro de obstaculizar las reformas necesarias que la sociedad demanda o de verse superado por la presión de los cambios. Por ello, la flexibilidad y la apertura a la innovación han de ser características que acompañen igualmente al sistema jurídico, junto a la seguridad jurídica y la confianza legítima.

En este equilibrio entre la estabilidad y el cambio, la cuestión fundamental consiste en determinar las fuerzas motrices que materializan las adaptaciones o transformaciones necesarias dentro del concreto

* Traducción realizada por Javier Barnes y Silvia Díez Sastre, Profesora Ayudante de la Universidad Autónoma de Madrid.

ámbito del Derecho Administrativo. Estas fuerzas o factores se resuelven en cuatro agentes principales, que interactúan entre sí: la jurisprudencia, el legislador, la doctrina científica y el poder ejecutivo.

1. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA

La primera fuerza que contribuye a la transformación del Derecho Administrativo es la *jurisprudencia*. Si se observa atentamente el avance que el Derecho Administrativo ha experimentado en Alemania desde la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) en 1949, parece fácil acreditar las relevantes aportaciones que la jurisprudencia ha realizado en favor de la evolución del Derecho Administrativo tradicional. Baste pensar, por ejemplo, en la regulación de las relaciones especiales de sujeción; en la adaptación de la teoría de la reserva de Ley a los nuevos modos de intervención del Estado; o en la creación de la teoría del control de la ponderación con ocasión de los procedimientos de elaboración de planes, lo que ha permitido disciplinar, nótese bien, la actividad administrativa de planificación de acuerdo con las exigencias del Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), por su parte, ha desempeñado una función esencial dentro de este positivo desarrollo del Derecho. Muestra de ello es el impulso que, a través de sus pronunciamientos, ha recibido la legislación de protección de datos, por ejemplo.

Ello no obstante, la idea según la cual los Tribunales serían los principales responsables o protagonistas del progreso del Derecho, no es del todo exacta. La suya es una respuesta típicamente *jurídica*. Los juristas acuden a la jurisprudencia con especial asiduidad porque ésta se mueve en un ámbito jurídico bien ordenado y conocido. Aunque ello genere confianza y seguridad, no ha de olvidarse, sin embargo, que los tribunales sólo pueden contemplar una parte de la realidad y desde una concreta óptica, la de la legalidad o no de la cuestión planteada en el recurso; dejan, por tanto, fuera de su consideración otros muchos

aspectos de la acción administrativa. Poco puede aportar la jurisprudencia cuando no se interponen recursos o se trata de un sector enteramente nuevo. Esta intrínseca limitación no afecta del mismo modo al Tribunal Constitucional, habida cuenta de que sus competencias y su control se proyecta sobre la esfera del legislador. En suma, pues, no puede decirse que, en la actualidad, la jurisprudencia constituya la fuerza más sobresaliente para el impulso, innovación y transformación del Derecho Administrativo, por más que así lo fuera en el pasado.

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

El legislador nacional y comunitario impulsa la transformación del Derecho Administrativo; se puede decir que cumple una relevante función en el proceso de innovación. La influencia del poder legislativo se deja sentir con particular intensidad en el ámbito de la *Parte Especial* del Derecho Administrativo. En los últimos cincuenta años, han sido muchas las leyes que han modificado profundamente el panorama de tantos sectores especiales como el urbanismo, el medio ambiente, las prestaciones sociales o el mundo de las telecomunicaciones (este último caso, además, constituye un supuesto de sector regulado). Una mirada poco atenta podría llevar a la conclusión de que esas leyes dejan incólume la Parte General, que no producen un grave impacto sobre ésta. Pero esa falsa apreciación olvidaría las recíprocas e intensas *interrelaciones* que se generan de continuo entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Administrativo; que entre ambas partes se produce un constante *intercambio*. De hecho, las reformas legales sobre los sectores más relevantes del Derecho Administrativo Especial han irradiado sus efectos sobre las teorías y categorías generales. Habrá ocasión de volver sobre este punto cuando se aborde el tema de los «sectores de referencia».

Por otro lado, merece subrayarse un dato nuevo. Y es que desde

hace algún tiempo el legislador viene manifestando un interés directo por cuestiones atinentes al Derecho Administrativo General. El fenómeno se observa con fuerza no sólo en Alemania, sino también en otros países y sistemas, como Francia. Un terreno representativo de ese movimiento es el del Derecho Administrativo de la Información*: las normas relativas al acceso a los documentos y a la protección de datos personales exceden en mucho de lo que podría haber creado la jurisprudencia por sí sola. Otro ejemplo ilustrativo se localiza en lo que podríamos denominar como el «Derecho Administrativo de la colaboración público-privado» o de la «cooperación»**, cuyo objeto es disciplinar las relaciones entre la Administración y el mundo económico. En términos generales, puede decirse que existe una coincidencia temática entre la acción del legislador y el debate científico sobre la reforma del Derecho Administrativo.

3. LA FUNCIÓN DE LA DOCTRINA

Además de los factores antes mencionados, ha de hacerse referencia a un tercer actor cuyas aportaciones resultan de suma importancia para el avance del Derecho Administrativo: la doctrina científica. No se quiere con ello aludir, obvio es decirlo, a las propuestas de reforma legislativa que en ocasiones postulan los autores de la doctrina (así, por ejemplo, en Alemania un nutrido grupo de profesores de Derecho Público ha elaborado los borradores del Código de Medio Ambiente y del Código de la Información). Se quiere aludir, por el contrario, a la aportación más genuina y relevante de la doctrina científica: la *investigación* independiente. La investigación jurídica significa y supone observar analíticamente el presente y reflexionar sobre los necesarios avances del Dere-

* Véase el capítulo cuarto del presente libro.

** Expresiones éstas con las que se alude, como es bien sabido, a un fenómeno que excede en mucho el ámbito de la mera contratación.

cho, incorporando también otros conocimientos provenientes de las ciencias auxiliares, con la ayuda de un método apropiado.

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

Si la doctrina no llevara a cabo esta tarea y se limitara al comentario de las decisiones judiciales y de las normas legales, no cumpliría con el encargo que la *ciencia* demanda. No quiere ello decir que haya de postular constantemente «cambios de paradigmas». Aunque en algunas ciencias sociales se observa en ocasiones una vertiginosa sucesión de paradigmas, no es esa la forma de comportarse de la ciencia jurídica, puesto que su objeto de conocimiento, el Derecho, posee una vertiente de estabilidad muy superior, como ya notábamos. Tampoco se trata de hacer política legislativa. Lo que a la ciencia del Derecho Administrativo le interesa es una labor *en paralelo* o *junto* a la dogmática, y no sólo *en su seno*. Ello exige un sólido conocimiento de la Parte General y de la Parte Especial del Derecho Administrativo, hasta los más pequeños detalles. La investigación no puede detenerse en el estado actual de la dogmática, sino que ha de ir más allá y observarla «desde fuera», con mayor perspectiva, para compro-

bar la solidez de su articulación, con el fin de identificar dónde existen fricciones y dónde deben realizarse cambios.

4. EL EJECUTIVO COMO IMPULSOR DEL DESARROLLO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En no pocas ocasiones se pasa por alto que el Ejecutivo constituye un importante factor de renovación del Derecho administrativo. Con ello no quiere aludirse a la práctica administrativa más o menos consolidada que luego puede encontrar un reconocimiento en el Derecho positivo, sino más bien a la evolución que experimenta el Derecho como consecuencia de los cambios que deliberadamente las normas preconizan. Téngase en cuenta que tanto el Gobierno como la Administración elaboran borradores de anteproyectos de leyes para su ulterior tramitación parlamentaria y dictan reglamentos sobre las materias más variadas, como la protección de inmisiones y las telecomunicaciones. En la órbita de cada una de las leyes parlamentarias de cabecera en tantos sectores surge un cúmulo de reglamentos que regulan trascendentes cuestiones materiales y procedimentales a la vez que introducen destacadas novedades. Con todo, y en contra de lo que sucede en Francia, donde las *Ordonnances* tienen por objeto cuestiones de la Parte General del Derecho Administrativo, como la cooperación entre el Estado y la sociedad (contratos de colaboración), en Alemania en muy pocas ocasiones esos reglamentos regulan cuestiones directamente relacionadas con la Parte General.

No faltan otras instancias administrativas que participan igualmente en el desarrollo y avance del Derecho Administrativo. La introducción del nuevo modelo de dirección en Alemania, por ejemplo, constituye un compromiso de los Entes Locales con la idea de la reforma y la innovación. Ello ha propiciado en este caso un abierto diálogo entre los políticos y los expertos, como se evidencia en las reformas que ha experimentado el Derecho Presupuestario

con el objeto de hacer viable la transferencia de la gestión de los recursos a unidades descentralizadas; o las reforma que versan sobre la formulación de acuerdos para la realización de diversas prestaciones; etc.

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

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

Se puede hablar de una división del trabajo entre las distintas fuerzas o factores de transformación del Derecho Administrativo, en la medida en que los actores mencionados interaccionan entre sí mediante un reparto de funciones: el poder judicial se encarga de la permanente adaptación del Derecho con ocasión del control que ejerce; el legislativo, por su parte, se hace responsable de su constante evolución y desarrollo, en pro de la consecución de los fines u objetivos que pretenda alcanzar; y a la doctrina le incumbe reflexionar o

establecer un marco por encima de esos cambios, tanto desde una perspectiva general como sectorial. Ninguna de estas aportaciones puede entenderse aisladamente. Se complementan e interactúan entre sí. Es cierto que no puede hablarse de «reforma» en un sentido unívoco y que muchos de los avances y transformaciones promovidos por el legislador no siempre pueden calificarse de verdadera reforma. Sin embargo, el debate sobre la reforma del Derecho Administrativo se ha entendido en Alemania desde el principio como una *empresa científica*, que tiene por objeto mejorar las condiciones de eficacia de esta rama del Derecho.

II. LA INSUFICIENCIA DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para reflexionar sobre la reforma y modernización del Derecho Administrativo es preciso examinar con carácter previo el propio concepto que se tenga de la disciplina. El Derecho Administrativo de los tratados y manuales se diferencia considerablemente del Derecho Administrativo de los diarios oficiales y del de las resoluciones administrativas y judiciales. El Derecho Administrativo es de suyo una construcción que se apoya en determinados presupuestos y presunciones básicos. Todos nosotros estamos inmersos en una tradición de la que no siempre somos conscientes.

1. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para obtener la imprescindible perspectiva y «distancia» científicas a las que se ha hecho mención, han de tenerse presentes los elementos más destacables del *modelo administrativo tradicional*. Este

modelo, que trae su origen del Estado liberal de Derecho, puede ilustrarse simplifícadamente a través de algunas afirmaciones clásicas:

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

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

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

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

* Sobre el tema, véase el capítulo quinto del presente libro.

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

Un examen más atento de la realidad evidencia que las cosas son de otra manera. La legislación y la práctica administrativa no se corresponden con ese pretendido modelo tradicional. Aquellos supuestos «viejos» y «buenos tiempos» de un «Derecho Administrativo bien ordenado», que todavía hoy se evocan en alguna ocasión, no han existido nunca¹. Basta con acudir a las Leyes administrativas del siglo XIX o al Derecho Administrativo económico del período de entreguerras o de la segunda posguerra para comprobarlo. ¿En qué medida, podríamos preguntarnos, esas leyes cumplían con las exigencias de certeza y de concreción que hoy presumimos de toda ley? Naturalmente, la Administración ya actuaba en esa época de manera informal, es decir, no se sujetaba siempre a estándares, procedimientos o relaciones estrictamente formalizadas*. Desde luego, también se apostaba entonces por la colaboración con los interesados y los grupos de intereses. Sin embargo, la concepción tradicional del Derecho Administrativo fue ocultando progresivamente estos fenómenos. De esta manera, el modelo se consideraba cerrado porque estaba conscientemente incompleto. Ese planteamiento reduccionista explica la fascinación que inspiraba la concepción tradicional, puesto que esa simplificación permite trazar clasificaciones sencillas y unívocas, regulaciones claras, que se explican con ideas fácilmente comprensibles, expresadas en imágenes como las de

1. En tal sentido, CHRISTOPH MÖLLERS, «Methoden», en: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE (Coords.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts –GLVwR–* vol. 1, 2006, § 3, núm. marg. 5.

* Para entender esa afirmación, es preciso recordar la teoría de la formas, propia del Derecho Administrativo alemán, y la doctrina de la acción informal. Sobre el tema se hacen referencias en el capítulo quinto del presente volumen, relativo al procedimiento administrativo, en particular en el epígrafe tercero.

«arriba» hacia «abajo», de «dentro» hacia «fuera», etc.; y todo ello, además, con el recurso –así se pensaba– a métodos «meramente jurídicos».

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

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

Un ejemplo típico en este sentido reside en la misma expresión «acción administrativa no formalizada»** o «actuación administrativa carente de formas». La simple elección de las palabras ya da a entender que se ha detectado un elemento anormal en el sistema, que debe ser «reformatizado». Con ello se altera y desplaza «a priori», de un modo casi imperceptible, la perspectiva del análisis del Derecho Administrativo, puesto que la Administración también ha actuado siempre por cauces informales. Es más, la imagen de una Administración que actúa

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

** Sobre el contenido de esta figura, véase el capítulo quinto.

exclusivamente a través de acciones formalizadas constituye una visión alejada de la historia y de la realidad, acaso con la única excepción del acto administrativo.

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

III. SOBRE LOS CONCEPTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Derecho Administrativo se interesa por todas las relaciones jurídicas en las que al menos una de las partes sea la Administración pública. Es, pues, el Derecho que tiene por objeto a la Administración, pero también es el Derecho que la Administración establece². El Derecho Administrativo no es sólo Derecho público, sino también, y en gran medida, Derecho privado. La Administración puede servirse del Derecho privado para su organización y formas de actua-

* El autor se refiere al modelo de legitimidad democrática de la Administración derivada en forma lineal y jerárquica del Parlamento. Sobre el tema, puede verse el capítulo segundo de su libro *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, pp. 99 y ss.

2. Muy convincente en este sentido resulta la aportación de: MÖLLERS, en: GLVwR vol. 1, § 3, núm. marg. 3.

ción o intervención. Esta (limitada) «libertad de elección» parece necesaria para que la Administración pueda intervenir adecuadamente en los distintos ámbitos de cooperación entre el Estado y la sociedad. Ello significa, en consecuencia, que muchas cuestiones y conflictos relevantes para el Derecho Administrativo se regulan y resuelven también a través de las normas privadas de contratación y de organización bajo la influencia y los impulsos del sistema de colaboración público-privada, de la *public-private-partnership*. La ciencia del Derecho Administrativo ha de integrar, pues, este fenómeno; el territorio de la dogmática se extiende a estas zonas.

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

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

imagen del núcleo duro y de las capas exteriores, es decir, se presenta como un ente complejo estructurado en torno a un núcleo sobre el que se superponen varias capas. Es en estos estratos exteriores donde se producen las transformaciones y los avances más radicales en lo que concierne a la clasificación de las relaciones jurídicas o en general respecto de la sistematización, mientras que las cuestiones de base más fundamentales relativas a la Administración y al Estado (la potestad para dictar actos administrativos o la necesidad de legitimación democrática, por ejemplo), irradian desde el centro hacia esos estratos exteriores. La Administración nacional, por tanto, no es en modo alguno una Administración «monolítica», sino una Administración permeable, que se abre «hacia arriba» –hacia el nivel europeo y el plano internacional–; que se encuentra flanqueada «a los lados» por la sociedad. Estas son perspectivas que se infieren con naturalidad de la observación del Derecho vigente y de la teoría de la gobernanza. En conclusión, y esto es lo que ahora quiere subrayarse, puede decirse que no hay ningún ámbito del Derecho Administrativo que pueda definirse de una vez por todas; ningún sector puede entenderse en términos estáticos. En ese sentido, el Derecho Administrativo es el espacio de los actos jurídicos necesitados de legitimación. En sus capas externas, en sus relaciones con la esfera social, también habrá de transponerse ese objetivo a nivel dogmático.

La definición negativa o residual de la Administración remite a la posición que ocupa la Administración en el contexto de la división de poderes. Este principio, como es sabido, se halla indisolublemente unido a la cláusula del Estado de Derecho y al principio democrático y, más en concreto, guarda una íntima relación con la tutela de los derechos fundamentales y la garantía de la legitimidad democrática de determinadas estructuras constitucionales. Pues bien, en ese contexto, la teoría residual de la Administración resulta útil en la justa medida en que sirva para poner de relieve la separación del segundo poder respecto de los otros dos poderes. El Ejecutivo es un poder que actúa con cierta autonomía de acuerdo con sus propios criterios de

racionalidad. La dirección del poder ejecutivo a través del Parlamento y el control que ejerce el poder jurisdiccional sobre los actos de aquél, aunque constituyan elementos esenciales, no agotan, sin embargo, las funciones y los objetivos del Derecho Administrativo. Se trata en realidad de comprender y construir la idea de la autonomía de la Administración con toda la potencialidad que ello encierra, de explorar la autoprogramación y el autocontrol. La producción normativa de la Administración y la elaboración de planes y programas tienen, en efecto, una importancia extraordinaria en nuestro tiempo. Y, sin embargo, tales fenómenos pasarían desapercibidos y no se entenderían en toda su dimensión, si toda la temática de la dirección de la Administración se concentrara o agotara en la ley parlamentaria, como ha sucedido habitualmente en el marco del modelo tradicional del Derecho Administrativo³. El Derecho Administrativo se caracteriza por una suerte de coexistencia de distintas formas de sintetizar modelos diversos: desde la subsunción inmediata y casi mecánica, hasta el desarrollo creativo de previsiones legales que tan sólo establecen los objetivos y fines genéricos que hayan de satisfacerse. El Derecho Administrativo se compone en muy alta proporción de reglas de procedimiento y de organización; y es con ello también el Derecho de la producción normativa de la Administración⁴.

3. En contra de la misma, acertadamente: ARMIN VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000; *vid.* también: MÖLLERS, en: GLVwR vol. 1 (nota 1), § 3, núm. marg. 4 y ss.

4. MÖLLERS, en: GLVwR vol. 1 (nota 1), § 3, núm. marg. 5.

TRES PLANTEAMIENTOS IMPORTANTES PARA LA
REFORMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

EL postulado reduccionista del que parte el modelo tradicional y la distorsión de la realidad que ello provoca hacen necesario un profundo análisis de la dogmática del Derecho Administrativo⁵. Baste un examen de la legislación para comprobar, por ejemplo, que el modelo explicativo de la dirección a través de la ley no resulta suficiente. Por eso, si la doctrina del Derecho Administrativo se quedara anclada en las premisas de ese modelo, se situaría, no a la cabeza de la innovación de la ciencia, sino en el furgón de cola, por detrás de las demás fuerzas motrices que promueven el desarrollo del Derecho administrativo.

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

I. EL POSTULADO DE LA CIENCIA DE LA DIRECCIÓN

El Derecho, por definición, se orienta a la eficacia. Por ello, la ciencia jurídica ha de preocuparse por la realización de ese objetivo en

5. De forma resumida, expone esta idea ANDREAS VOSSKUHL, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, en: GLVwR vol. 1 (nota 1), § 1.

la vida real; no puede quedarse en la construcción dogmática de cada una de las instituciones o reglas. Al Derecho Administrativo le interesan también las condiciones o presupuestos que hacen que una institución sea eficaz. Ello implica insertar cada una de esas instituciones en un contexto más amplio, analizar sus relaciones recíprocas e interacciones, y asegurar el cumplimiento de su función ordenadora.

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

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

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

– La *organización administrativa* no puede concebirse como una simple unidad encerrada en sí misma, no abierta hacia el exterior, y jerárquicamente articulada en su interior, sino como un conjunto de muy diferentes fórmulas organizativas (autoridades, agencias, instituciones, empresas públicas, etc.).

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

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

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

* Véase la voz «control» del índice analítico de la obra *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, cit.

1. EL CONCEPTO DE DIRECCIÓN: ELEMENTOS Y LÍMITES

En el seno de las ciencias sociales se ha producido un intenso debate sobre el concepto de dirección. Se trata de un marco teórico que permite analizar los factores determinantes de los procesos sociales e indagar cuáles son sus dinámicas y sus condiciones ambientales; y, en consecuencia, también ofrece la base para identificar cómo influye el Derecho en la sociedad, cómo despliega su eficacia. Esta teoría se estructura en torno a cuatro elementos básicos y su recíproca interrelación: los sujetos de esa dirección, el objeto de la dirección, los medios y los instrumentos al servicio de la dirección. De ese modo, se muestra en toda su riqueza la complejidad del sistema social y se pone de manifiesto cómo interactúan y entrecruzan las distintas relaciones de ese proceso directivo⁶.

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

Lo mismo cabe decir de los *instrumentos de dirección* que pone a disposición el Derecho. Desde esa perspectiva, por ejemplo, se puede observar que los instrumentos reguladores han gozado hasta el presente de un protagonismo muy especial y, por consecuencia o conexión, con ello todo el sistema tradicional de aplicación o ejecución de la ley que ha ido asociado a la práctica regulatoria y que se

6. Sobre este tema, EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª ed., 2004, 1 Kap., Tz. 35.

expresaba por medio de mandatos y prohibiciones, de autorizaciones, reglamentos y planes vinculantes, como ha explicado satisfactoriamente la dogmática tradicional. Pues bien, desde los postulados de la ciencia de la dirección no cabe hacer objeción alguna a la política de carácter regulatorio, antes al contrario, pues ha de convenirse en que se trata de un instrumento irrenunciable, máxime si se tiene en cuenta que el Estado democrático de Derecho puede demandar la imposición de decisiones unilaterales aun en contra de la voluntad de sus destinatarios. Ello significa que el Derecho Administrativo habrá de seguir siendo el Derecho que regula las decisiones de carácter unilateral, dotadas de ejecutividad, esto es, de los actos de autoridad. Habrá de ser *también*, aunque no sólo, un Derecho que hace uso de los instrumentos regulatorios, de decisiones que se imponen coactivamente. Este es, en efecto, tan sólo *uno* de los instrumentos, *una* de las caras de la moneda.

El debate en torno a la teoría de la dirección ha puesto de manifiesto que, además de los instrumentos regulatorios, han de contemplarse igualmente otra clase de medios o instrumentos, como los relativos al fomento o los que se refieren al uso de la información para alcanzar determinados objetivos (no es sólo un Estado que ordena, sino un Estado que influencia y fomenta, que informa, etc.). Estos procesos no han sido estructurados o elaborados jurídicamente de forma completa y sistemática. El Derecho Administrativo se ha ocupado profusamente, por ejemplo, del otorgamiento de las subvenciones, aisladamente consideradas. Sin embargo, ahora se trata de establecer un marco de ordenación general en el que tengan cabida *todos* los instrumentos de dirección. Y para ello no basta con derivar de las premisas tradicionales algunas consecuencias o extraer de los presupuestos de siempre alguna solución; no se trata, por ejemplo, de «formalizar» la actividad administrativa no sujeta a normas de procedimiento, sino de algo distinto, de construir otros puntos de partida. El Derecho Administrativo ha de ocuparse, en efecto, de los distintos modelos de fomento y de los múltiples mecanismos incentivadores,

consciente del amplio instrumental existente, al objeto de poner a disposición del Derecho las reglas adecuadas, de tal modo que se garantice la mejor protección de los interesados y la capacidad de acción del Ejecutivo, del mismo modo que la dogmática clásica hizo respecto de los instrumentos regulatorios⁷.

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

Así pues, la dirección a través del Derecho no puede agotarse en los medios propios de la autoridad o de la coacción forzosa para la ejecución imperativa de las leyes. Una moderna visión de la dirección obliga a incluir *todas* las modalidades del Derecho: desde los programas legales de carácter material, llamados a una aplicación directa y sencilla, hasta los instrumentos financieros; de organización, y de procedimiento. Surgen así una suerte de *estructuras reguladoras* (expresión ésta con la que pretendemos evitar cualquier consideración mecanicista de la teoría de la dirección), que, a su vez, pueden subdividirse en estructuras organizativas, procedimentales, de programación legal y de personal⁸.

7. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 1, núm. marg. 37.

8. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 1, núm. marg. 39.

2. ESTRUCTURA REGULADORA Y GOBERNANZA

El concepto de estructura regulatoria sirve para poner en su debido contexto y relación la noción de gobernanza. En el panorama europeo e internacional de nuestro tiempo se habla mucho de gobernanza⁹. Con este concepto se pretende llamar la atención sobre el hecho de que el Estado no es el único actor en la arena política y de que, con frecuencia, no es ni siquiera el actor dominante o principal, puesto que también lo son otras instancias soberanas que actúan en un sistema multinivel (europeo); así como las empresas, asociaciones, grupos de intereses y otros representantes de la sociedad civil.

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

Aunque el concepto de gobernanza, *desde el punto de vista de la ciencia jurídica*, no haya adquirido aún un perfil claro y definido, no por ello puede pasar desapercibido en modo alguno en el debate sobre la reforma del Derecho Administrativo y la ciencia de dirección. Constituye una «fórmula descriptiva», que sirve para poner el acento en la mutiplicidad de contextos o mecanismos de dirección que conviven entre las instancias nacionales y supranacionales, de un lado, y entre los actores públicos y privados, de otro. Con esta expresión se sintetizan desde luego otros relevantes fenómenos que ya se venían contemplando en el referido debate. Tal es el caso, por ejemplo, de la «distribución» o «reparto de responsabilidades» («Verantwortungsteilung») entre la Administración y los ciudadanos, esto es, de tareas o funciones entre la esfera social y la pública. De acuerdo con Gunnar Folke Schuppert, cabe formular seis cuestiones de carác-

9. Sobre este tema: GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Coord.), *Governance-Forschung – Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, 2005, pp. 371 y ss.

ter científico en torno a la gobernanza, a las que ha de darse debida respuesta¹⁰:

- «¿Cómo se modifican y desplazan las fronteras en el sistema multinivel? ¿Qué consecuencias cabe derivar de esos movimientos de cara a la gobernanza y a su específica articulación a través de los distintos niveles de dirección y gobierno?
- ¿Qué efectos y consecuencias se desprenden de la transnacionalización y de la pérdida que ello entraña para esa especie de ‘piel protectora’ que es la soberanía nacional?
- ¿Cómo se mueven o modifican las líneas de frontera entre los distintos sectores? ¿Se puede decir que las estructuras en que se vertebra la gobernanza son de carácter transversal y común o deben concebirse exclusivamente como estructuras sectoriales para cada ámbito?
- ¿Cómo se desplazan las fronteras en el campo político y cuáles son las consecuencias que de ahí se derivan para las estructuras de la gobernanza?
- ¿Cómo se modifican los límites establecidos sobre las organizaciones y cuáles son las consecuencias que se desprenden de la liberalización de esas organizaciones?
- ¿Cómo se cambian los límites entre los sujetos intervinientes y las distintas constelaciones de sujetos, y cuáles son las consecuencias que de ahí se siguen, por ejemplo, para las redes de la gobernanza?».

El concepto de «estructura reguladora» posee la virtualidad de integrar de un modo más sistemático y profundo, dentro de las categorías del Derecho Administrativo, la noción descriptiva de «gobernanza», elaborada en el seno de la ciencia política para explicar el

10. GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, *Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren*, en: GLVwR vol. 1, § 16, núm. marg. 21.

referido proceso, tal y como ha puesto de relieve Hans-Heinrich Trute en un interesante estudio¹¹. En efecto, el campo de observación que ofrece la perspectiva de las estructuras reguladoras proporciona una visión más completa para la ciencia del Derecho Administrativo y su sistematización. Un ejemplo elocuente en ese sentido se localiza en la *teoría de las fuentes del Derecho*. Según nos consta, este tema ha merecido siempre en los manuales o tratados de Derecho Administrativo un tratamiento especial. Y, sin embargo, no se explica más que un segmento o pequeño fragmento de las normas que conforman la realidad de la Administración, porque de ordinario la teoría dominante se queda en una visión excesivamente «jerárquica» y «centrada en el Estado». Deja fuera otros elementos y perspectivas. No sirve entonces para sistematizar y ordenar el conjunto de estratos o niveles jurídicos propios de un sistema multinivel; y, menos aún, para incorporar la distinción entre Derecho «duro» y «blando». Se entiende por ello que el citado autor postule la formulación de un «meta-ordenamiento» que sirva de marco y contexto para explicar e integrar el juego recíproco de los distintos regímenes, sistemas y principios regulatorios.

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

- Primero, porque contribuye a estar en contacto con los conocimientos que aportan las ciencias sociales y, en consecuencia, a tener en cuenta los problemas que se producen en los momentos de cambio;
- Segundo, porque sirve para identificar dónde se encuentran las claves y las

11. HANS-HEINRICH TRUTE/WOLFGANG DENKHAUS/DORIS KÜHLERS, «Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft», en: *Die Verwaltung*, núm. 37 (2004), pp. 451 y ss.

líneas de evolución futura de la ciencia del Derecho Administrativo, lo cual resulta sumamente útil para garantizar la eficacia de éste, su «función prestacional» y la «responsabilidad de establecer la infraestructura del ordenamiento jurídico» (Schuppert).

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Que el Derecho Administrativo se encuentra estrechamente vinculado al Derecho Constitucional constituye una afirmación bien conocida desde el siglo XIX. Después de la segunda posguerra, la doctrina administrativista se orientaría con mayor intensidad hacia la nueva Constitución de las libertades que representa la Ley Fundamental de 1949. Muy expresiva en este sentido resulta la conocida máxima de que «el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional concretizado». Esta fórmula, atribuida a Fritz Werner, Presidente del Tribunal Supremo Administrativo («Bundesverwaltungsgericht») entre 1958 y 1969, constituyó el *paradigma del Derecho Administrativo* durante las primeras décadas de la República Federal de Alemania.

1. «EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO»

La «concretización» o «concreción»* de la Constitución afecta, en primer lugar, a la cláusula del Estado de Derecho y a la garantía de

* El término «concreción», de origen latino, resulta ser, como tantas otras expresiones latinas de las que se sirve el alemán, un «falso amigo». No se alude, como en español, a la

la tutela judicial efectiva, a que se refiere el artículo 19. 4 GG. Ese fundamento constitucional ha permitido inferir relevantes elementos para el proceso contencioso-administrativo, el procedimiento administrativo o la misma teoría de las formas jurídicas, característica ésta última del Derecho Administrativo alemán. Piénsese, por ejemplo, en la relevancia otorgada a la tutela judicial, preventiva y cautelar; la escala o graduación de la discrecionalidad administrativa («discrecionalidad en el plano de las consecuencia jurídica»; conceptos jurídicos indeterminados con o sin «margen de apreciación»); o la proyección de los efectos de la tutela judicial sobre el procedimiento administrativo (obligaciones documentales y de motivación; derechos de acceso y vista del expediente; etc.).

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

– La concretización o desarrollo constitucional representa un *método* complejo que no puede confundirse con una suerte de deducción mecánica de conocimientos desde la Constitución. Rüdiger Breuer se ha referido a este proceso certeramente¹²: «Sin perjuicio de la supremacía de la Constitución, ha de notarse que los actos legislativos de concreción se mueven entre las garantías que podríamos llamar estructurales (como el principio del Estado de Derecho), de un lado y, de otro, las resoluciones judiciales que resuelven concretos conflictos reales.

acción de especificar o de reducir a lo más esencial. Significa, ante todo, «desarrollo» (o aplicación). La expresión, pues, evoca la idea de que el Derecho Administrativo representa el desarrollo o aplicación de la Constitución. Ahora bien, «desarrollo» aquí, como sucede con «concreción» (Derecho Constitucional concretizado), puede llevar al error, tanto en español como en alemán, de que el sistema de Derecho Administrativo no sería sino una derivación necesaria de la Constitución, la única respuesta posible para hacer efectivos los mandatos que aquélla establece. Tal entendimiento es el que pretende cuestionar el autor.

12. RÜDIGER BREUER, «Konkretisierungen des Rechtsstaats- und des Demokratiegebotes», en: *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, p. 223 (p. 227).

Ello entraña una forma de proceder marcada por la colaboración, el proceso y la apertura al cambio, en recíproca interacción». La concretización no es sinónimo en modo alguno de «mera ejecución» o de acción de «carácter declarativo». El fenómeno no siempre consiste en la obtención de resultados que, de acuerdo con la voluntad constitucional, habrían sido predeterminados de un modo concreto y unívoco, como una única opción válida derivada de la Constitución. Naturalmente, son muchos los aspectos del Derecho Administrativo que están directamente preestablecidos en la Constitución, como sucede, por ejemplo, en materia de competencias y de organización. Y también ha de reconocerse, desde luego, que el principio de sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 20.3 GG) y de la garantía de la tutela judicial (art. 19.4 GG) han servido de fundamento para extraer numerosos postulados y piezas del Derecho Administrativo que hoy gozan de la fiabilidad y del rango propios de la Constitución. Ahora bien, en términos generales, el proceso de «concretización» o desarrollo resulta mucho más complejo y menos seguro. Baste pensar para comprobarlo en las opciones estructurales que la Constitución contiene o en las coordenadas que determinan los fines del Estado. Ha de procederse en estos casos con suma cautela y prudencia, pues no se trata de una mera interpretación.

– Por su parte, ese «Derecho Constitucional concretizado» que es el Derecho Administrativo no es tampoco Derecho Constitucional, sino, en la mayor parte de las veces, simple legalidad ordinaria; por tanto, susceptible de reforma o derogación por ley posterior¹³. La concreción o desarrollo de la Constitución no puede conducir a la «petrificación» del Derecho Administrativo. El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo no se relacionan en términos de «derivación» o en forma deductiva, sino de complementariedad, de un modo circular: la legislación administrativa ha de interpretarse «a la luz» de las garantías constitucionales; y, en paralelo, pero en sentido contrario, las genéricas previsiones constitucionales (como las que se refieren, por ejemplo, a los derechos fundamentales) adquieren mayor claridad y contenido mediante la legalidad ordinaria. Este movimiento circular entre la legalidad constitucional y la ordinaria resulta particularmente claro, con carácter general, en los supuestos en los que las

13. Muy acertado al respecto RAINER WAHL, en: *Staat*, núm. 20 (1981), p. 485 (502): «Igualmente, el Derecho Constitucional concretizado es legalidad ordinaria y como tal ha de enjuiciarse y medirse a la luz del verdadero Derecho Constitucional».

normas tienen por objeto dispensar una cierta tutela o protección de determinadas parcelas de libertad. Por ejemplo, se puede decir que la libertad de pactos o la autonomía privada se integra en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG) sobre la base de la experiencia que proporciona el Derecho privado. Y sobre el derecho de propiedad y su ámbito de protección (art. 14 GG), es posible hablar con más profundidad cuando se tiene en cuenta la legislación de ordenación del territorio y de usos del suelo.

– La observación del Derecho Administrativo desde la exclusiva óptica de la Constitución nacional ofrece una visión estrecha e insuficiente. Ha de ampliarse la perspectiva, para integrar el Derecho Constitucional Europeo, el Derecho originario de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en el futuro, el Tratado sobre la Constitución Europea. Con todo, esa mayor amplitud de miras tampoco facilita la labor de concreción del Derecho Constitucional, puesto que las diferentes capas de éste no han sido armonizadas dentro del sistema multinivel europeo. Más bien ocurre lo contrario: los distintos estratos se superponen entre sí y llegan a colisionar en algunas ocasiones, especialmente cuando intervienen jurisdicciones diferenciadas.

Con esos matices, y sin incurrir en la indicada explicación simplificada, ha de reconocerse que la fórmula del «Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concretizado» supuso un paso de gigante. El Derecho Administrativo en Alemania ha podido beneficiarse de ese planteamiento y anticiparse tempranamente a un fenómeno, el de la constitucionalización de las ramas del Derecho, que hoy se extiende al Derecho Civil, al Derecho Comunitario y al Derecho Internacional.

Aun cuando no se trate de un concepto consolidado en todos sus extremos¹⁴, posee la virtualidad de subrayar las *líneas de tendencia* para el futuro: la constitucionalización sitúa el tema central de todas las Constituciones (las relaciones del individuo con el poder) en el

14. GUNNAR FOLKE SCHUPPERT/CHRISTIAN BUMKE, *Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2003.

centro o eje del sistema, al tiempo que establece sus coordenadas fundamentales. De este modo, logra extraer el sustrato ideológico fundamental de las distintas ramas del Derecho. La llamada a la constitucionalización expresa dos necesidades: la de hallar los valores que sirvan de base y fundamento del ordenamiento jurídico, más allá de la técnica jurídica; y la de identificar las grandes opciones y posiciones jurídicas, por encima de las normas de detalle. Con toda cautela, podría afirmarse que a través de la constitucionalización la dogmática jurídica se encuentra o asocia con la filosofía del Derecho, teniendo como referente esencial y directo la dignidad humana del artículo 1 GG, que determina la función de servicio del Estado en su conjunto y, en concreto, de los titulares del poder público¹⁵.

Por lo demás, la conciencia de que las líneas directrices del Derecho Constitucional han de guiar las adaptaciones del moderno Derecho Administrativo ha estado presente en todo momento desde el inicio del debate sobre la reforma. A esta cuestión tuve ocasión de hacer referencia en el primer Congreso sobre la reforma del Derecho administrativo, celebrado en el año 1991¹⁶:

En el contexto de una investigación de esta naturaleza, conviene notar que las disposiciones constitucionales suponen en primer término una apuesta en favor de la especial pretensión de validez de lo normativo. Sin ese anclaje en los referentes constitucionales no podría progresar ni construirse el Derecho Administrativo. Aun cuando sea evidente que el Derecho debe estar en armonía con el modo de funcionar de la sociedad, con sus valores y sus respectivas estructuras organizativas, no ha de olvidarse, sin embargo, que el Derecho tiene autonomía respecto de estos elementos y conserva su propia pretensión de validez normativa frente a los distintos escenarios que puedan sucederse. A ello no se opone el hecho de que pueda demostrarse empíricamente la existencia de déficit en la aplicación de la ley o de que puedan hallarse lagunas legales. Aun así, la aspiración de

15. Sobre el tema SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 1, núm. marg. 21 y ss.

16. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze», en: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/SCHUPPERT (Coords.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1992, p. 11 (pp. 16 y ss.).

validez se mantiene inalterada. Y ello resulta con mayor razón predicable de la Constitución, puesto que de algún modo reproduce y sintetiza los valores en torno a los cuales se ha construido la comunidad jurídica durante un largo período de tiempo, lo que la vertebra y la une. No puede obligarse a lo normativo a capitular de forma prematura ante la realidad.

De otra parte, es justamente la apertura de la Constitución la que permite salir al frente de las ineficiencias y de los defectos o problemas estructurales que la dirección presenta, autorizando una prudente evolución de las categorías y técnicas tradicionales. La Constitución es también una norma que acepta el progreso y la evolución cuando resulten necesarios e impregna de nuevo la legalidad ordinaria que concreta la Constitución. En consecuencia, el Derecho Constitucional no es sólo un factor estabilizador del sistema dogmático del Derecho Administrativo, sino también un elemento de renovación y flexibilidad. El sistema jurídico-administrativo requiere de las bases constitucionales para encontrar ahí el marco jurídico; los fines y los objetivos que han de presidir la acción administrativa; y, nótese bien, la perspectiva y el progreso del Derecho Administrativo General. De ese modo, se nutre todo el filón argumental y de motivación que en ella se alberga, sin que, por otra parte, la Constitución pueda concebirse de forma estática y ajena a la evolución, sino como un marco general en el que se reflejan las nuevas tendencias.

Cuando nos enfrentamos a las cuestiones más básicas y principales del sistema del Derecho Administrativo, a aquellas que poseen efecto multiplicador, es preciso tener presente en primer término las *decisiones estructurales* que la Constitución contiene. Son muchas, desde luego, las directrices que la Constitución le dirige al Derecho Administrativo, pero ha de comenzarse por esas opciones estructurales, puesto que representan un referente constante en lo que a los valores y a la forma de actuar en comunidad concierne. En ese sentido, se han de observar señaladamente tres grandes decisiones constitucionales de carácter estructural para la construcción de la Parte General del Derecho Administrativo: la cláusula del Estado de Derecho; el principio democrático; y la apuesta por la estatalidad abierta.

El principio democrático y la cláusula del Estado de Derecho

encuentran su primera manifestación en el reconocimiento de la dignidad humana que la Constitución alemana ha proclamado en su art. 1, y de la que se infiere una *sensibilidad* o *actitud* que impregna *sustancialmente* todas las relaciones entre el Estado y el individuo, esto es, la *posición* de éste en el conjunto del Estado. Esta particular situación del individuo, ciudadano y no súbdito, dotado de dignidad humana, implica que el Estado en su conjunto, incluida la Administración, sea considerado, no como una entidad aislada que se encierra y se basta a sí misma, sino como un fenómeno necesitado de justificación. La proyección de esta idea sobre la Parte General del Derecho Administrativo se traduce en la asimetría de las posiciones que ocupan, respectivamente, los ciudadanos y la Administración, esto es, la situación de libertad individual de unos y la vinculación a la idea de competencia de la otra¹⁷.

2. DIRECTRICES DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO

La cláusula del Estado de Derecho y la Teoría General del Derecho Administrativo han convivido durante largo tiempo y han compartido su evolución histórica de una forma tan intensa que en muchos momentos parecía que la idea del Estado de Derecho se agotaba por completo en la dogmática del Derecho Administrativo. El Estado de Derecho parecía ser simplemente el «Estado con un Derecho Administrativo bien ordenado»¹⁸. Sin embargo, un análisis más detenido pone de manifiesto que la comprensión actual del Estado de Derecho presenta dos niveles o grados¹⁹.

17. También en este sentido se ha pronunciado recientemente DIETMAR VON DER PFORDTEN, «Normativer Individualismus und das Recht», en: *JZ*, 2005, pp. 1069 y ss.

18. En este sentido, véase la cita de OTTO MEYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3ª ed., 1924, vol. 1, p. 62.

19. Sobre el principio de Estado de Derecho en general: EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN,

a) *Dimensión objetiva: la ordenación a través del Derecho.*

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

Con todo, no ha de exagerarse la tensión dialéctica entre el viejo Estado liberal de Derecho y el más moderno Estado social de Derecho. Entre ambos modelos hay muchas cosas en común. El modelo social y la comprensión del Estado de Derecho convergen en ciertos puntos. Y, a los efectos de determinar la capacidad de dirección que despliega el Derecho, la cuestión resulta en última instancia irrelevante, desde una mirada más atenta. La Administración propia del Estado de Derecho de viejo cuño se caracteriza por su función meramente ejecutiva de la Ley y por la ulterior fiscalización a la que está sujeta su actuación. En ese contexto, el objetivo a perseguir consiste en lograr la máxima formalización y juridificación de la acción administrativa. La ley, en este esquema, aspira a expresar un orden racional; esa es la forma que tiene el Derecho de asegurar la dirección de la Administración. Ese orden racional se construye a su vez sobre dos presunciones o presupuestos: la separación o deslinde entre las causas y la imputación de los efectos o consecuencias; y la división entre la función de legislar y la de ejecutar, de acuerdo con la secuencia «norma-acto singular de aplicación».

«Der Rechtsstaat», en: ISENSEE/KIRCHHOF (Coords.), *Handbuch des Staatsrechts –HStR–*, vol. 2, 3ª ed., 2003, § 26.

b) *La dimensión subjetiva: las posiciones o situaciones jurídicas individuales.*

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

Los derechos fundamentales, en efecto, han impregnado el entero Derecho Administrativo; se encuentran presentes en todos los sectores de la Parte Especial y de la Parte General. Se han convertido en un referente constante. Esta es la característica más destacada de la evolución del Estado de Derecho bajo la vigencia de la Constitución. El Estado de Derecho responde a las exigencias más elementales del ser humano, como son las necesidades de racionalidad, respeto y certidumbre. Y lo hace de la mano de los principios, derivados de los derechos fundamentales, de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica. Si administrar de acuerdo con los parámetros del Estado de Derecho constituía en el primer nivel un principio objetivo, ahora el individuo en cuanto sujeto de derechos se erige en el centro de la ciencia del Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo, presidido por esta forma de entender el principio del Estado de Derecho, se caracteriza por tres notas²⁰. En primer lugar, todas las instituciones del Derecho Administrativo han experimentado una fuerte *individualización*. El resultado es el

20. Para más detalles SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 2, núm. marg. 47 y ss. Véase, pues, la versión española (*La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, cit.), capítulo segundo, núm. 47 y ss.

notable éxito que han alcanzado la proporcionalidad, la razonabilidad y la equidad en el ordenamiento jurídico-administrativo.

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

Con todo, la característica más notable de un Derecho Administrativo inscrito en la órbita de los derechos fundamentales es su fuerte *sensibilización*: la interacción entre la dirección y los intereses privados se analiza en todas sus dimensiones, a la luz de la intensidad, amplitud y profundidad de sus efectos; al tiempo que se examina su adecuación a las exigencias del Estado de Derecho. Es justamente esa eficacia de los derechos fundamentales la que ha actuado como motor e impulso de tantas nuevas cuestiones para el Derecho Administrativo. La relevancia que ha adquirido el procedimiento en la tutela de las situaciones individuales de carácter material constituye un ejemplo elocuente de esa sensibilización del Derecho Administrativo hacia los derechos fundamentales. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Federal ha podido inferir del derecho general al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG y 1.1 GG)* las bases de la protección de los datos personales²¹.

Desde luego, ese enriquecimiento de perspectivas del Estado de Derecho plantea también algunas dificultades dogmáticas. Pién-

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

21. Fundamentalmente la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 65, 1 ss.

sese, en efecto, que esta concepción del Estado de Derecho parte de la presunción de que es posible, primero, individualizar los intereses de los particulares y, segundo, predeterminar en un plano abstracto y general las resoluciones que hayan de ser adoptadas para cada caso. El problema surge cuando la premisa se desvirtúa y no concurren esos presupuestos porque los intereses en juego poseen un carácter difuso y poliédrico, como consecuencia de la multiplicidad de afectados con intereses contrapuestos. En tal caso, los instrumentos de tutela y de garantía propios del sistema tradicional del Estado de Derecho resultan inadecuados, habida cuenta de que han sido construidos sobre divisiones y esquemas más sencillos y precisos. Tal circunstancia no significa que haya que abdicar de la construcción del Estado de Derecho y de las exigencias que de su reconocimiento derivan. De lo que se trata, por el contrario, es de formular nuevas garantías que sean funcionalmente equivalentes a las del Estado de Derecho tradicional. Ello pone de relieve, por otra parte, que, aun cuando la cláusula del Estado de Derecho constituya un principio de carácter formal, no está llamada, sin embargo, a una estricta y rígida formalización. Es más, ni siquiera la primera y más antigua versión del Estado de Derecho concibió la dimensión formal que lo caracterizaba como si de un modelo matemático se tratara.

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

A tal propósito, se ha de dirigir la mirada del Derecho Administrativo hacia los procesos que se localizan en lo que se podría deno-

minar «nivel intermedio», esto es, en aquellos ámbitos infralegales en los que las constelaciones de intereses se pueden estructurar mejor a través de distintas fases del procedimiento antes de la adopción de la decisión definitiva*. Como ya notábamos, la elaboración de normas reglamentarias y disposiciones administrativas constituye un tema de notable importancia para la dogmática y ahora se pone de nuevo de manifiesto, puesto que las disposiciones administrativas internas, los proyectos, los planes y programas cumplen a estos efectos una función capital. Desde ese concreto ángulo podría hablarse de un retorno a la concepción objetiva del principio de Estado de Derecho. En términos muy sintéticos, se trata simplemente de entender el Estado de Derecho de forma más amplia, como garantía de racionalidad en el funcionamiento del Estado.

3. DIRECTRICES DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO**

En el ámbito del Derecho Administrativo, el principio democrático se ha de traducir en una suerte de *mandato de legitimación eficaz*. La teoría de la legitimación de la Administración ha sido objeto en Alemania de un interesante debate como consecuencia en esencia de dos sentencias del Tribunal Constitucional Federal, de octubre de 1990²². La concepción un tanto estricta que de la legitimación se ha barajado en esas resoluciones ha incentivado el debate científico. Ello ha supuesto un importante avance en materia de organización administrativa, que se ha visto así enriquecida con nuevos conoci-

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

** Véase del propio autor *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, cit., pp. 100 y ss.

22. BVerfGE 83, 37 ss. y 60 ss.

mientos y perspectivas. Con todo, también ha servido para poner de manifiesto que el concepto de legitimación democrática posee una estructura poliédrica, más compleja que la que expresaban las citadas sentencias. Señaladamente, se han de analizar con mayor profundidad las dimensiones organizativas y procedimentales del principio democrático²³.

a) *La legitimación democrática en sentido estricto*

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

En concreto, pueden distinguirse tres formas de legitimación:

23. En este sentido es muy completa la obra de HANS-HEINRICH TRUTE, «Die demokratische Legitimation der Verwaltung», en: *GLVwR* vol. 1, § 6, núm. marg. 42 y ss.

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

– La legitimación *de carácter material*, que se deriva de la ley parlamentaria, así como de la ley de presupuestos. La ley dirige a la Administración mediante el establecimiento de estándares materiales de actuación, predetermina cuál haya de ser la resolución singular que para cada caso deba adoptarse. El Parlamento, en definitiva, controla y corrige las actuaciones de la Administración.

– La legitimación *de carácter organizativo y de base personal*, que se ocupa por las relaciones entre la persona integrada en el órgano que ejerce el poder público y el titular de ese poder. Para explicar esta forma de legitimación, se recurre a la imagen de la cadena de transmisión, esto es, de una «cadena ininterrumpida de legitimación» que parte del pueblo, pasa por el representante elegido por el pueblo y llega hasta el órgano y los administradores²⁴.

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

Durante largo tiempo, se ha pensado que la única forma de legitimación democrática de la Administración era la que proporcionaba el *Parlamento*. De acuerdo con esta concepción, el principio democrático que ha de presidir el Derecho Administrativo se hace realidad a través de la ley parlamentaria y de su aplicación por parte de una Administración estructurada jerárquicamente y sujeta a los mandatos emanados desde la cúspide, que, por lo demás, responde ante el Parlamento. Todo esto tiene una relevancia indudable. El sometimiento de la Administración a la ley y la vinculación y dependencia de los órganos inferiores a las instrucciones que desde el vértice se dicten constituyen hoy como ayer un medio irrenunciable para preservar esa legitimación democrática. Desde esa perspectiva, se entiende que los puestos públicos y las mismas agencias no puedan situarse al margen de esa correa de transmisión que representan las instrucciones o mandatos, salvo en supuestos excepcionales. En la medida en que asuman

24. BVerfGE 83, 60 (72 y ss.); y también BVerfGE 77, 1 (40).

competencias y funciones relevantes en términos políticos, habrá de garantizarse su sujeción, cuando menos, al control parlamentario, siempre que, por excepción, no reciban instrucciones emanadas de los órganos superiores. En consecuencia, no resulta admisible la exención de todo control político, ni su sustitución por el control de los grupos sociales. Otra cosa es el fenómeno de la denominada autoadministración funcional, puesto que aquí no estamos ante autoridades, sino ante Corporaciones con una base de legitimación propia. En resumen, el concepto de legitimación tiene que entenderse en la actualidad de una forma más plural que la empleada en las decisiones del Tribunal Constitucional Federal de octubre de 1990*.

b) *El concepto plural de legitimación democrática*

La doctrina postula dos cosas: que se reconozca la pluralidad de sujetos que están dotados de legitimidad; y que el concepto de «pueblo» no se fundamente en una supuesta unidad, sino que se construya desde la perspectiva que ofrecen los derechos de libertad y la dignidad humana²⁵.

En una sentencia de 2002, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal modificaría su jurisprudencia anterior y limitaría su estricta concepción de la legitimación democrática a la Administración local y a la Administración directa del Estado. En otros ámbitos de la Administración, por el contrario, el principio democrático se puede estructurar de un modo distinto. En efecto, subraya el Alto Tribunal, cabe concebir otras formas de legitimación del poder que se

25. Esta misma idea se explica con mayor profundidad en: TRUTE, GLVwR vol. 1, § 6, núm. marg. 19 y ss.; THOMAS GROSS, *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, 1999, pp. 165 y ss.

* Sobre el tema, véase del mismo autor el capítulo indicado en la cabecera del presente epígrafe.

separen de la idea de la necesaria cadena de transmisión, esto es, de la exigencia de que todas las potestades de carácter decisorio cuenten siempre y en todo caso con una legitimación personal²⁶. El principio democrático y la autonomía no constituyen términos dialécticos o antinómicos. La autonomía funcional contribuye asimismo a hacer realidad la «idea, para ella vinculante, de un ser humano que se determina a sí mismo dentro de un ordenamiento de las libertades», como se deriva de la referencia a la protección de la dignidad humana que luce en el art. 1.1 de la Ley Fundamental. Sin embargo, para dotar de legitimidad a otros sujetos, es necesario que el legislador democrático fije previamente y con el suficiente grado de detalle sus competencias y potestades y establezca su sujeción a algún género de control²⁷.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal ha asumido esta reciente línea jurisprudencial y ha puesto especial énfasis en los aspectos procedimentales de la legitimidad democrática. En una sentencia de julio de 2004, referida a las organizaciones dotadas de autonomía funcional, afirmaría que el fenómeno de la autoadministración y el principio de autonomía hunden sus raíces en el principio democrático y que, por tanto, ha de hacerse posible la participación de los grupos sociales, bajo su propia responsabilidad, en la ordenación de los asuntos que les afecten²⁸. Esta jurisprudencia ya no hace alusión al modelo clásico, basado en la lógica de la estricta cadena de atribuciones o conexiones para explicar y fundamentar la legitimidad democrática; tampoco se citan ya las sentencias de octubre de 1990. En cambio, el Tribunal pondrá su acento en otros aspectos relevantes desde esta otra perspectiva. Así, recuerda la obligación que pesa sobre el legislador de adoptar las medidas necesarias para garantizar los intereses de las personas que se encuentran bajo la cúpula de esa auto-

26. BVerfGE 107, 59 (91 ss.).

27. BVerfGE 107, 59 (94).

28. BVerfGE 111, 191 (216).

mía funcional. La citada sentencia subraya que «la organización y el procedimiento deben garantizar la adecuada defensa de los intereses públicos perseguidos dentro de una institución, ponderando adecuadamente los intereses de aquéllos que se someten a la potestad normativa de ésta»²⁹. La ley –continúa el Tribunal– debe asegurar la oportuna participación de los miembros de la respectiva profesión en la formación de la voluntad de la institución a través precisamente del establecimiento de un procedimiento de toma de decisiones adecuado³⁰.

En definitiva, también para la jurisprudencia constitucional más reciente y no sólo para la doctrina, el principio democrático representa un principio jurídico con un específico contenido normativo que el legislador ha de transponer, aun cuando tenga para ello un mayor margen de libertad que cuando se trataba de fijar esas rígidas derivaciones que se deducían de la concepción anterior. Cabe, pues, conectar los elementos participativos y los representativos. En suma, de cuanto antecede se infiere un concepto de legitimación democrática que se caracteriza por su dimensión plural y procedimental.

c) *Sobre la relevancia de la autonomía local, en particular*

– De acuerdo con lo que ha quedado dicho y a la luz de esa nueva comprensión del principio democrático en el ámbito de la Administración, ha de ponerse en relación la legitimidad democrática asociada a la *autonomía local* con la legitimidad que deriva a través del Parlamento hacia la Administración jerárquicamente subordinada. Los Entes Locales de los que la Constitución predica la autonomía (art. 28.I.2 GG) se asientan sobre esas mismas bases democráticas, y representan una segunda clase de legitimidad. La legitimación no se reduce ni circunscribe en el Derecho Administrativo a la forma de legiti-

29. BVerfGE 111, 191 (217).

30. BVerfGE 111, 191 (217).

mación típica propia del Estado de Derecho –basada en el sistema parlamentario de gobierno–, sino que, antes al contrario, comprende un segundo impulso de naturaleza típicamente administrativa. En cuanto que constituye una segunda forma de legitimación, la autonomía local plantea, sin embargo, un problema fundamental en punto al proceso democrático de toma de decisiones. Se trata, en efecto, de la tensión dialéctica que se genera entre la idea de democracia, de acuerdo con la cual los afectados han de participar en las decisiones del poder público, y la necesaria calidad de esas decisiones, lo que obliga por su parte a que el contenido de éstas sea capaz de sustraerse a los concretos intereses específicos que pueda haber en juego. En este sentido, la autonomía local constituye una suerte de «fórmula intermedia», de síntesis dialéctica. Representa un ejemplo elocuente de equilibrio, puesto que pone de manifiesto que es posible aunar ambos aspectos en el seno de un ordenamiento que se legitima a través del pueblo, merced a la vinculación e interacción de los distintos procesos de legitimación. Una expresión de este fenómeno se encuentra en la misma dogmática que se ha ocupado de sistematizar las diferentes clases de reserva de ley en contraposición a la potestad normativa (reglamentos, ordenanzas) de la que disfrutaban los Entes Locales en el ejercicio de su autonomía.

– La autonomía local constituye una «fórmula intermedia», como ha quedado dicho, también en un segundo sentido. Y es que ésta representa una variante o especie del fenómeno de la autoadministración. Como ya notábamos, la autoadministración o autonomía, de un lado, y la legitimación democrática, de otro, tienen raíces comunes en los sustratos más profundos de la democracia³¹, aunque la encarnen de diferente manera. La primera se expresa a través de los afectados o interesados; y la segunda a través del pueblo. Estos dos tipos de legitimación de la Administración, mediante la participación

31. En este sentido: BVerfGE 107, 59 (94).

de los afectados y a través del pueblo, respectivamente, no deben sin más disolverse o reducirse a unidad. Por el contrario, como la democracia es un principio conformador, resulta necesario que los intereses específicos que se hagan valer en el seno de la propia Administración a lo largo del proceso decisorio sean contemplados con la neutralidad y distancia suficientes, recurriendo para ello a fórmulas organizativas adecuadas, sin perder de vista la vinculación que ha de mantenerse con la legitimación que deriva del pueblo. Ello supone, en términos de organización administrativa, la necesidad de su transposición en un régimen u *orden dual*, integrado por la legitimidad democrática que proviene del pueblo y por la legitimidad derivada de la autonomía y la participación de los interesados.

Un supuesto paradigmático de legitimación autónoma es el de la legitimación que ostentan las Corporaciones, que no es sino una expresión del fenómeno de la *autoadministración* o autonomía *funcional*. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional Federal en Alemania. Ahora bien, como es obvio, la denominada legitimación autónoma, a la que estamos haciendo referencia, no se agota con el tema de las Corporaciones, sino que puede adoptar otras múltiples formas y manifestaciones en tantos otros sectores en los que se establezca la colaboración público-privado para el ejercicio del poder. Así sucede, especialmente, con las organizaciones administrativas cuyo objeto consiste en proteger y tutelar intereses colectivos que se encuentran a su vez garantizados por ciertos derechos fundamentales*. En estos ámbitos de legitimación autónoma, el Estado y, en particular, el legislador parlamentario tienen la *responsabilidad* de garantizar la adecuada organización de los intereses de los afectados y la necesaria neutralidad respecto de los intereses especiales o de carácter sectorial. La conocida «teoría de la esencialidad», en cuya

* Por ejemplo, la Universidad (derecho a la educación; libertad de enseñanza; libertad de cátedra) o la radiotelevisión (derecho a informar y a ser informado; libertad de expresión).

virtud la reserva de ley obliga a establecer por ley formal cuando menos la sustancia o esencia del derecho fundamental de que se trate, ha evolucionado para subrayar la creciente relevancia de la vertiente procedimental, hasta reconvertirse en una teoría integrada en el seno de una concepción procedimental de la legitimación.

d) *El estilo democrático de la Administración*

En el Derecho Administrativo, el principio democrático no se agota en la doble función a la que se ha aludido, a saber: garantizar la legitimidad democrática, de un lado y, de otro, organizar la legitimidad que deriva de la autonomía, sino que, por el contrario, se preocupa igualmente, y con un alcance más amplio, por la forma de dirigir a la Administración y por marcar un estilo administrativo. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que la acción administrativa no ha de ser sólo conforme a la Ley y al Derecho, sino que más allá de ese estándar mínimo debiera satisfacer otros *criterios de corrección* (eficacia, calidad, etc.). Si se adopta esa perspectiva, adquiere una mayor relevancia la idea de la aceptación de los ciudadanos. Por lo demás, la fase previa y el ulterior control de la acción administrativa también poseen una clara dimensión democrática. Resulta necesario, en fin, reconstruir y repensar otras magnitudes, como la opinión pública o la participación ciudadana; la información; la articulación plural y libre de intereses; etc., habida cuenta de la importancia que presentan para la acción administrativa.

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

La opción de la Constitución alemana por una «estatalidad abierta», como se desprende de los artículos 23 y 24 GG*, plantea nuevos retos para el Derecho Administrativo tradicional a resultas de los efectos que se desprenden de las organizaciones supranacionales y del Derecho Internacional³². Esta «europeización del Derecho administrativo» y la innovación del Derecho Administrativo para dar respuesta a la «asociación de Administraciones del espacio europeo» constituyen la tercera tarea que habrá de llevarse a cabo en el marco de las reflexiones y estudios sobre la reforma.

No cabe excluir por ello que puedan modificarse algunas de las bases constitucionales del Derecho Administrativo, como acredita el ejemplo de la protección de la confianza legítima en Alemania. Se trata de un principio, expresión de la seguridad jurídica, de honda raigambre en el Derecho alemán y que, por su inserción en la cláusula del Estado de Derecho y en el seno de los derechos fundamentales, adquiere rango constitucional. Pues bien, como cabe adivinar, no resultó fácil la exigencia del Tribunal de Luxemburgo de devolver las ayudas de Estado recibidas por una empresa por considerarse contrarias al Derecho Comunitario (Derecho de la Competencia), puesto que, a la luz del confianza legítima en el Derecho interno, tales ayu-

* El art. 24 GG es análogo a nuestro actual 93 CE. El art. 23 GG, por el contrario, fue introducido con ocasión del Tratado de Maastricht; la reforma constitucional prevista de nuestro art. 93, tal y como se apuntaba, por ejemplo, en el Dictamen del Consejo de Estado de 2005, se aproximaría al modelo del 23 alemán. Sin perjuicio del distinto grado de evolución o de regulación positiva, a nuestro juicio, cuanto se sostiene en el texto resulta del todo trasladable a nuestro sistema.

32. Al respecto, véase RAINER WAHL, en: SCHUPPERT (Coord.), *Europawissenschaften*, 2005, pp. 147 y ss. Véase asimismo la cuarta parte del presente trabajo.

das no resultaban revisables³³. Aun cuando los jueces alemanes hubieron de aceptar la primacía del Derecho Comunitario, reconocida en la cláusula constitucional en favor de la estatalidad abierta³⁴, ha de reconocerse, sin embargo, que esa actitud amigable que la Constitución presenta hacia el Derecho Internacional tiene también sus límites. Así, por ejemplo, tales límites se desbordarían si de aquél se siguiera «una lesión de los principios fundamentales que la Constitución contiene». Con ello, el Tribunal Constitucional Federal quiere hacer referencia, como ha puesto de manifiesto en una reciente sentencia, a lo que ha venido en calificar como «reserva de soberanía», añadiendo a este propósito que la Constitución no acepta sujeción alguna de un poder exterior que suponga el debilitamiento de cualesquiera de los límites o de los controles constitucionales³⁵. Tal podría ser el caso, por hipótesis, si la Comunidad Europea obligara, por ejemplo, a que los Estados miembros crearan agencias independientes con importantes funciones en términos políticos y dispusiera la ausencia de controles parlamentarios o del ministerio correspondiente. No se trata, pues, más que de un supuesto imaginario para ilustrar cuanto ha quedado dicho.

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

La constitucionalización del Derecho Administrativo se alcanza asimismo haciendo que la Administración se moldee y estructu-

33. Cfr. STJCE 1997, 1607 («Asunto Alcan»).

34. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo Administrativo: BVerwGE 106, 328 y ss. y la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, BVerfG (K) NJW 2000, 2015 y ss. Más detalles en HERMANN-JOSEF BLANKE, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2000.

35. BVerfGE 111, 307 (319).

re al servicio de la consecución de los fines que al Estado incumbe garantizar. Piénsese, por ejemplo, en los objetivos del Estado social (art. 20.1 GG) o en el fin estatal de la «conservación del medio ambiente» (art. 20a GG)*. Señaladamente, en lo que a la cláusula del Estado social concierne, pueden esperarse consecuencias y referentes de mayor intensidad. Sin embargo, los resultados no son realmente muy ilustrativos. La concreta plasmación de los fines del Estado es una tarea que remite primariamente a la libre configuración del legislador ordinario.

El plano de la legalidad ordinaria resulta inexcusable para fijar en primer término los derechos subjetivos, en particular cuando nos encontramos ante una proclamación tan amplia y abstracta de los objetivos del Estado social. Sin una base legal suficiente, el fin social del Estado no puede justificar por sí solo el reconocimiento de derechos subjetivos³⁶. La Constitución por su parte garantiza exclusivamente de modo directo el derecho a *un mínimo existencial*³⁷; y, a ese propósito, el art. 20.1 GG –que reconoce la cláusula del Estado social– apenas tiene protagonismo alguno, puesto que el citado derecho se infiere en realidad de otros preceptos, como el que se refiere a la dignidad humana (art. 1 GG) o de los preceptos reguladores de otros derechos fundamentales (por ejemplo, del derecho a la integridad física)³⁸. Y, por lo demás, tampoco garantiza el derecho a un mínimo

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

36. Para mayor abundamiento, MICHAEL SACHS, en: del mismo autor (Coord.), *Grundgesetz*, 3ª ed., 2003, art. 20, núm. marg. 50.

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

38. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Grundrechtsschutz und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen*, 2001, pp. 23 y ss.

existencial un volumen o magnitud determinados de una vez por todas, habida cuenta de las cambiantes condiciones de vida³⁹, por lo que el legislador en todo caso goza de un amplio margen de apreciación⁴⁰.

Se entiende por ello que también sea limitado el peso de la cláusula del Estado social en la *jurisprudencia* contencioso-administrativa. Aunque los recurrentes invoquen con cierta frecuencia esta cláusula, lo cierto es, sin embargo, que en muy escasas ocasiones prosperan con tal fundamento sus pretensiones. Fue diferente, desde luego, en la etapa inmediatamente posterior al año 1949, cuando se aprueba la Constitución todavía en plena posguerra⁴¹. Pero aún así fueron muy pocas las sentencias estimatorias. Ni siquiera la famosa Sentencia sobre el deber de asistencia⁴² constituye una auténtica excepción a esta tendencia, puesto que la cláusula del Estado social no fue la verdadera «ratio decidendi» del fallo, sino un argumento entre tantos; ni sirvió, en consecuencia, para fundamentar la exigibilidad de nuevas obligaciones prestacionales. El conjunto de argumentos que la citada Sentencia contiene, por el contrario, sirvió, nótese bien, para extraer de las obligaciones prestacionales reconocidas por la legalidad ordinaria el correspondiente derecho subjetivo en favor de los beneficiarios. En suma, cuando la jurisprudencia ha reconocido algún derecho más allá de la literalidad de la ley lo que ha hecho en realidad no es sino apoyarse en previsiones constitucionales más concretas, como el principio de igualdad y de no discrimina-

39. KARL-PETER SOMMERMAN, en: MANGOLDT, KLEIN, STARCK, *Bonner Grundgesetz*, vol. 2, 4ª ed., 2000, art. 20, núm. marg. 117; KARL-JÜRGEN BIEBACK, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, 1997.

40. BVerfGE 82, 60 (93 f.); 91, 93 (111).

41. Cfr. F. WERMER, «Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung,» en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 81 (1956), pp. 84 y ss.

42. Caso Fürsorgepflicht: BVerwGE 1, 159 y ss.

ción o la protección de la confianza legítima, para alcanzar el resultado o la conclusión de que se trate⁴³.

El principio de Estado social sí cobra un significado propio en los casos en que el Ejecutivo puede intervenir sin una base legal previa. Por el contrario, cuando sobre la materia o sector pesa una reserva de Ley, la invocación del principio de Estado social no le faculta para actuar al margen de esa cobertura⁴⁴ porque este principio no crea competencias nuevas, sino que las da por supuestas⁴⁵.

Así las cosas, cabe concluir que a la Administración le corresponde utilizar la cláusula del Estado social como una «máxima interpretativa y una directriz que ha de guiar el ejercicio de sus potestades discrecionales»⁴⁶. De ahí se infiere que la Administración goza de un amplio margen de maniobra; que su función no es meramente ejecutiva o aplicativa; y que la discrecionalidad que ello entraña no se circunscribe a la clásica expresión en la que estas potestades se sitúan (elección de una respuesta entre varias posibles a la vista de unos hechos que le vienen dados)*. Se trata de algo más que eso. En efecto, ese amplio poder de configuración se extiende a las potestades normativas y de planeamiento, a las funciones de cooperación y colaboración (por ejemplo, con las Iglesias, en cuanto que son, en el ordenamiento alemán, titulares de instituciones privadas de beneficencia).

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

44. SOMMERMANN, en: *Grundgesetz*, vol. 2, art. 20, núm. marg. 120.

45. HANS F. ZACHER, «Das soziale Staatsziel» en: HStR, vol. 2, § 28, núm. marg. 112.

46. KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2ª ed., 1984, § 21 III 4.

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

La *asistencia social* de carácter público (o procura existencial, en la tradicional traducción española) representa uno de los escenarios característicos donde la Administración ha de desplegar esa función configuradora, o de concreción en sentido amplio, del fin social del Estado que no se estructura sobre la idea de una mera ejecución legal⁴⁷. Aquí ha de hacerse, con todo, una importante matización. Y es que las ofertas de servicios públicos que procura el Estado no tienen por qué ser sin más y automáticamente una expresión del Estado social. Esa condición la adquirirán cuando tengan por objeto equilibrar la distancia entre las distintas capas de la población y de los diversos territorios para hacer realidad el acceso de todos a esos bienes y servicios»⁴⁸. Así, por ejemplo, pueden concurrir razones sociales específicas que justifiquen una asistencia básica en beneficio de los sectores de población más desfavorecidos; la graduación de las tasas locales en el uso de ciertos servicios⁴⁹; o una cierta flexibilidad, con ciertos límites, de una determinada lista de espera para acceder a algunas instituciones u organizaciones públicas.

Sin embargo, la cláusula del Estado social no garantiza la recepción de un determinado nivel de prestaciones o la adquisición de ciertos derechos a través de las instituciones públicas⁵⁰. Tampoco prohíbe la privatización. Algunas instituciones públicas que hoy existen podrían desaparecer y los estándares prestacionales tradicionales pueden descender. Téngase en cuenta que el Estado puede hacerse responsable, por ejemplo, de las infraestructuras a las que se refieren los artí-

47. Vid. STERN, *Staatsrecht*, vol. I, § 21 II 3 e; WOLFGANG RÜFNER, «Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit», en: HStR, vol. 3, 1988, § 80, núm. marg. 28 y ss.

48. ZACHER, «Das soziale Staatsziel», en: HStR, vol. 2, § 28, núm. marg. 66.

49. L. FIRSCHER / H. MANN, «Neuere Rechtsprechung zu den Entgelten für den Besuch eines Kindergartens», en NVwZ, 2002, pp. 794 y ss.

50. JOSEF ISENSEE, «Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung», en: HStR, vol. 5, 2ª ed., 2000, § 115, núm. marg. 161.

culos 87e y 87f GG (transporte ferroviario, correos y telecomunicaciones)⁵¹, en la medida en que se trata de ámbitos esenciales para la vida. Pero también podría el Estado limitarse a su regulación y control y confiar su prestación al sector privado⁵². El *Derecho Administrativo de garantía*⁵³ constituye, por tanto, un factor excepcional de cara a la reforma del modelo tradicional de Estado social.

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

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

– De un lado, porque pone de relieve que el modelo administrativo tradicional con su reduccionismo y su comprensión de la Administración como una organización ejecutiva estructurada jerárquicamente no responde, ni menos aún agota, la idea que de la Administración tiene la Constitución. Ésta diseña una *imagen más compleja del Ejecutivo* en sus relaciones con los ciudadanos y las empresas, que la visión tradicional.

– De otro, porque el Derecho Constitucional opera como «transformador» para involucrar el Derecho Administrativo en la evolución social. El Derecho Constitucional es, en buena medida, un Derecho de naturaleza discursiva. Aunque en términos jurídicos se hable de «aplicación» de la Constitución, en realidad se trata de un complejo proceso de negociación y depuración que discurre

51. Al respecto, *vid.* GEORG HERMES, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, pp. 323 y ss.

52. SOMMERMANN, en: *Grundgesetz*, vol. 2, art. 20, núm. marg. 111.

53. ANDREAS VOSSKUHL, «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben», en: VVDStRL, núm. 62 (2003), pp. 266 (310 y ss.).

por distintos niveles y círculos. En el marco de ese proceso se suceden las diversas concepciones políticas y a través del método de «ensayo y error» van adquiriendo distinta forma; se transforman en argumento jurídico; y, finalmente, se «solidifican» o «cristalizan» en la dogmática jurídica. Pues bien, en este contexto, se entiende que el debate académico sobre la reforma del Derecho Administrativo tenga la mirada puesta en el Derecho Constitucional y se beneficie de la clarificación que este proceso despierta.

– De este modo, los retos que comportan el desarrollo social y tecnológico pueden «filtrarse normativamente» para permitir su asimilación a través de la sistemática del Derecho Administrativo. Asimilar significa aquí «seguir pensando» sobre los conocimientos básicos que la Constitución ofrece. Christoph Möllers, en su trabajo sobre el método del Derecho Administrativo, ha aludido a la «función cognitiva» que desempeña el Derecho Constitucional y describe la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo de la siguiente manera⁵⁴: Las normas constitucionales más básicas facilitan la necesaria generalización. Ello se pone de manifiesto, en el caso alemán, por ejemplo, con los principios democrático y de Estado de Derecho. Y, a la inversa, con la innovación del Derecho Administrativo General se cumple también un mandato constitucional, puesto que la pretensión de mantener las distintas partes del Derecho Administrativo como sectores susceptibles de generalización y comparación satisface numerosos requerimientos del principio democrático y de la cláusula del Estado de Derecho, al impedir una excesiva atomización y sectorialización del ordenamiento; de lo contrario, cada sector tendría el exclusivo apoyo de un círculo de interesados y no podría obtenerse una visión de conjunto de las estructuras regulativas, tanto para los ciudadanos, como para la Administración que ha de intervenir.

54. MÖLLERS, en: GLVwR, vol. 1, § 3, núm. marg. 54.

III. EL RECURSO A LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LOS «ÁMBITOS DE REFERENCIA»

El tercer elemento básico consiste en la necesidad de centrar el análisis en la Parte Especial del Derecho Administrativo. La Parte General se caracteriza por un alto grado de abstracción, lo que permite que, habitualmente, sea contemplada como un sistema, como una *construcción*. Ello obliga a poner la atención constantemente en la Parte Especial. Sin un conocimiento preciso del urbanismo, del régimen local, de la seguridad ciudadana y del orden público o del Derecho Administrativo Económico es imposible construir un sistema de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Especial tiene dos funciones que cumplir a los efectos de la actualización de sus instituciones: de un lado, satisface una función *heurística*, pues en su seno han de buscarse los sectores más representativos del panorama actual de la Administración pública, es decir, los denominados «ámbitos de referencia» (1); de otro, ejerce una función *metodológica*, al objeto de disciplinar la praxis. Los distintos sectores del Derecho Administrativo Especial constituyen el depósito de las soluciones que la Administración ha ido adoptando en el ejercicio de su actividad y, al mismo tiempo, representan el espejo en el que se reflejan las necesidades de regulación existentes en la actualidad. En consecuencia, la construcción del sistema del Derecho Administrativo se realiza siempre de forma deductiva e inductiva, a un tiempo⁵⁵.

1. LA CORRECTA SELECCIÓN DE LOS «ÁMBITOS DE REFERENCIA»

El universo conceptual de la Teoría General del Derecho Administrativo se ha elaborado, principalmente, a partir del material y de los valores que subyacen en sectores como la seguridad ciudadana y

55. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 1, núm. marg. 12 y ss. y cap. 3, núm. marg. 2.

orden público; régimen local; urbanismo y función pública. Estos sectores han sido, históricamente, muy importantes y parece indiscutible su vigencia en la actualidad. El sector de la seguridad ciudadana y de orden público constituye el modelo básico de la seguridad (alimentaria, salud pública, etc.), cuyo objeto no es otro que el de satisfacer las más elementales exigencias que al Estado competen en orden a conjurar los peligros y garantizar la seguridad. Se trata, en suma, de establecer las «condiciones fundamentales para el desarrollo de la libertad individual y la consecución del bienestar social». El régimen local, por su parte, combina en síntesis dialéctica la organización de la autonomía local y la procura existencial, para elevar esa conjunción a la categoría de «estándar» o modelo para una Administración que interviene en asuntos cotidianos, próxima al ciudadano y apegada al terreno, con legitimación democrática y en régimen de autonomía. Por último, el Derecho urbanístico constituye un sector que ilustra con meridiana claridad la profunda transformación producida en el seno de esta política pública, desde las iniciales intervenciones puntuales de antaño hasta la planificación actual. Sin embargo, y pese a la relevancia que han tenido esos sectores, a su través no es posible reflejar en la Parte General, con la debida profundidad y extensión, las grandes tareas que incumben a la Administración de nuestro tiempo.

En la actualidad, los ámbitos de referencia de mayor interés son aquellos en los que se pone de manifiesto la responsabilidad del Estado en la economía, la seguridad social o el mantenimiento de las condiciones de vida natural: el Derecho Público de la economía; las prestaciones sociales; y el medio ambiente. Se trata de analizar, comparar e indagar qué reglas e instituciones son susceptibles de generalización, de ser elevadas a categoría general. Y ello significa, en otras palabras, que ha de generarse una mayor «capacidad de aprendizaje del Derecho Administrativo General»⁵⁶.

56. Muy acertada al respecto es la obra de THOMAS GROSS, «Beziehungen zwischen All-

2. EL PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO: LA CONEXIÓN CON LA PRÁCTICA

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

gemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht», en: *Die Verwaltung*, Cuaderno núm. 2, 1999, pp. 57 (70 y ss.).

IV. OBSERVACIONES FINALES

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

Es obvio, sin embargo, que el debate sobre la reforma no es un debate teórico que flota libremente «en las alturas». La ciencia del Derecho Administrativo es una ciencia orientada a la práctica, que se preocupa por las actividades reales que despliega el Estado; que pretende dirigir a lo distintos actores; que busca servir de guía e ilustrar a todos los sujetos sobre la vinculatoriedad del Derecho. No persigue, como ya notábamos, postular continuos «cambios de paradigma». Las reflexiones teóricas han de tener siempre su traducción y reflejo en el Derecho Administrativo vivo, en el Derecho que se aplica. Ello exige, desde luego, que el debate científico sobre la reforma se mantenga dentro de las coordenadas de lo normativo, que no escape del mundo del Derecho. El estudio, por tanto, ha de estar atado en primer término a los datos que nos vienen dados de la Constitución y del Derecho Administrativo Especial.

Otro presupuesto metodológico de notable importancia para el futuro es el *Derecho comparado*. A su través se obtiene un material normativo muy elaborado. El análisis comparado ha tenido escaso peso significativo en la dogmática tradicional del Derecho Administrativo bajo la vigencia de la Ley Fundamental, como se desprende no

ya sólo de la jurisprudencia, sino también de la misma literatura jurídica (comentarios, en particular). La doctrina ha estado excesivamente ensimismada con la propia Constitución; se ha concentrado en la vertiente interna y ha dirigido menos su mirada al exterior. Sin embargo, los planteamientos metodológicos más modernos han subrayado con razón que el análisis comparado encierra todo un tesoro de experiencias acumuladas⁵⁷. Hay muchas razones para pensar que se avecinan transformaciones trascendentes en el «contexto europeo» y que la dimensión comparada va a adquirir una importancia inusitada⁵⁸. Sirva de ejemplo el tratamiento de los temas desde un punto de vista comparado que, por lo que hace a Alemania, lleva a cabo cada vez con mayor intensidad la «Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público».

En conjunto, puede decirse que los postulados científicos en los que se mueve el debate sobre la reforma combinan deducción e inducción: «Este proceso dialéctico entre deducción e inducción resulta enormemente exigente para el investigador. De entrada, presupone el firme deseo de trabajar en forma sistemática en cada uno de los sectores, así como la capacidad de reflexión abstracta y la disposición para aprender interactivamente unos de otros»⁵⁹.

57. MÖLLERS, en: GLVwR, vol. 1, § 3, núm. marg. 40.

58. Algunas reflexiones sobre la idea del contexto de desarrollo europeo en SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 1, núm. marg. 64 y ss.

59. VOSSKUHLE, en: GLVwR, vol. 1, § 1, núm. marg. 44.

TERCERA PARTE
EL CAMBIO DE PERSPECTIVA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO

LOS estudios que se ocupen de la modernización del Derecho Administrativo habrán de llevar a cabo un profundo análisis de cada uno de los elementos y categorías que integran la Parte General, a fin de determinar en qué medida éstos responden a las necesidades actuales y sirven para hacer efectivas las nuevas funciones que a la Administración le han sido encomendadas. Ese análisis no ha de desembocar, obvio es decirlo, en un rechazo general del modelo tradicional. Piénsese, por ejemplo, que el acto administrativo –una institución central del modelo clásico– tiene hoy como ayer una relevancia extraordinaria, también en el seno de la nueva sistematización del Derecho Administrativo. Otra cosa es que deba contrastarse si requiere ciertas adaptaciones o innovaciones. El resultado de ese examen queda imprejuizado, está abierto.

La necesidad de la reforma se deja sentir tanto en aspectos puntuales y menores, cuanto en las cuestiones de principio y con efecto multiplicador. Sea como fuere, lo cierto es que la innovación y la reforma no afecta tan sólo a las categorías o institutos aisladamente considerados, sino más aún a su *recíproca interacción*. Si pretendemos que el Derecho Administrativo sea una disciplina dotada de coherencia y sistemática, esa nueva ordenación y relación entre las distintas categorías con sus respectivas modificaciones se convierte en la clave del sistema.

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

tencioso-administrativos, si se conviene en fortalecer el control financiero dentro del conjunto de mecanismos de control y fiscalización?

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

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

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

Con esa formulación, como es claro, no se quiere expresar connotación negativa alguna, en el sentido de que los postulados tradicionales habrían de ser falsos o habrían sido superados ya por la realidad. Sencillamente quiere ponerse de relieve que algunos de esos rasgos característicos del Derecho Administrativo se han convertido en el eje del modelo tradicional y han adquirido una función explicativa en exceso monocausal, que deja fuera de nuestra consideración otras

caras del problema. En la nueva ciencia del Derecho Administrativo, es evidente que el control judicial, la dogmática de la ejecución y la Administración prestadora ha de ocupar un papel destacado. Pero no constituyen ya el «canon de la normalidad», esto es, no sintetizan el estado de la cuestión, ni expresan, en consecuencia, la «situación dogmática normal».

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

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

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

La perspectiva tradicional del Derecho Administrativo no resulta convincente, en la medida en que se polariza excesivamente en torno a la justiciabilidad de la acción administrativa y deja fuera de su consideración todo un conjunto de mecanismos de control de indudable trascendencia. Esa centralidad de la justicia administrativa resulta igualmente problemática porque traslada a la dogmática del Derecho Administrativo la estrecha perspectiva del proceso judicial. Nótese que el proceso prototípico tiene por objeto la tutela individual: el justiciable pretende la protección de sus derechos e intereses frente a una concreta medida de la Administración⁶⁰. El contexto en el que se incardina esa acción controvertida está condicionado por las decisiones anteriores y no siempre resulta fácil aislar la resolución cuestionada de las demás decisiones que corran paralelas. Ese marco, dentro del cual la decisión discutida no es sino *un* elemento más, aparece relegado a un segundo plano⁶¹. Ello conduce a una cierta asimetría estructural: el proceso fragmenta necesariamente la realidad; contempla desde una visión más estrecha la completa constelación de intereses y el contexto más amplio en el que se sitúan. Antes de que se adopte una concreta resolución y de que ésta pueda ser fiscalizada por los jueces y tribunales, es posible que haya ya muchas cosas decididas. Es posible que el ulterior y en ocasiones tardío control jurisdiccional se concentre en el concreto interés que invoca el recurrente y que ello desemboque en una reacción sobredimensionada, en el sentido de que la resolución judicial podría fácilmente desconocer el

60. Al respecto es muy interesante la obra de ANDREAS VOSSKUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter*, 1993, p. 128 sobre el proceso judicial en general.

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

conjunto de intereses en juego. Algunos aspectos podrán estar suficientemente detallados; otros, en cambio, no. El conjunto no es objeto de control. De este modo, lo que puede ser adecuado en términos de funcionalidad para la tutela individual, puede resultar insuficiente o perjudicial desde la perspectiva del conjunto de los controles, esto es, desde la óptica de la función de control en sí misma considerada.

El margen de autonomía y de apreciación que posee la Administración pública ha de ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control. «Responsabilidades de la Administración» y «control» constituyen las dos caras de una misma moneda, son «elementos fundamentales del orden constitucional democrático»⁶². El control, como la división de poderes, tiene por objeto la limitación del poder y la garantía de su racionalidad. «Lo que pretende el control es la consecución de un más alto grado de corrección material de la decisión en sí, introduciendo elementos de racionalización en el seno del proceso de toma de decisiones»⁶³. A tal fin se instaura un determinado modo de comunicación: proceso y resultado han de ser analizados de nuevo desde una *distan- cia* suficiente. Se trata, en otras palabras, de pensar en clave alternativa y, eventualmente, de proponer soluciones contrarias⁶⁴. En términos dogmáticos, el control constituye el contrafuerte o el contrapeso de las amplias competencias y potestades de acción con las que cuenta el Ejecutivo*.

62. ULRICH SCHEUNER, «Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung», en: *FS für G. Müller*, 1970, p. 379 (384).

63. WALTER KREBS, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, p. 50.

64. WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, «Verwaltungskontrolle – Perspektiven», en: SCHMIDT-ASSMANN/HOFFMANN-RIEM (Coords.), *Verwaltungskontrolle*, p. 325 (343); EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, en p. 9 (10 y ss.).

* Si, de acuerdo con la doctrina que se ocupa de la reforma del Derecho Administrativo, la Administración no se limita en modo alguno, antes al contrario, a aplicar mecánicamente

Las Constituciones, como la alemana o la española, en realidad presumen la existencia de todo un conjunto de controles –de carácter parlamentario, judicial, administrativo, etc.– que operan como un todo, en constante interacción⁶⁵, sin apostar por un sistema único. En el núcleo de ese sistema se sitúan los jueces y tribunales, a los que les corresponde ejercer el control de mayor densidad en términos jurídicos. Ahora bien, de la misma manera que la acción administrativa no sólo ha de ser legal o conforme a Derecho, sino que, sobre esa base, también debe atender otros criterios de corrección (eficacia, etc.), habrán de incorporarse paralelamente por consiguiente otros mecanismos de control capaces de medir y sopesar esos otros criterios o parámetros de la acción administrativa. La teoría de los controles ha de ser concebida, pues, con mayor amplitud, para insertar en su seno el análisis económico de la acción administrativa; el control financiero; el control de la opinión pública y de los ciudadanos mediante su participación; el control a que somete la Comisión europea a las Administraciones nacionales; etc. Estos mecanismos no son irrelevantes, han de formar parte del Derecho Administrativo⁶⁶. Lo trascendente es, en suma, que en términos globales se alcance un *nivel de control suficiente* del conjunto (Hill), y no tanto que un solo control,

te la ley y el Derecho, sino que posee en tantos casos en realidad un papel creativo muy superior, no será suficiente entonces el control judicial. El juez, que lo es de la legalidad, controla la operación lógico-formal de deducción que la Administración ha hecho derivar de la ley. Ahora bien, si se admite que la Administración hace otras muchas cosas que no son reconducibles a esa operación, es lógico pensar que el control judicial poco pueda hacer en esos otros escenarios y que hayan de fortalecerse otros mecanismos de control.

Sobre esta temática, véase *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, cit., capítulo cuarto, en particular, pero no sólo, pp. 225 y ss. En lengua alemana, por todos, núm. 8 de la serie de reforma E. SCHMIDT-ASSMANN / W. HOFFMANN-RIEM (editores), *Verwaltungskontrolle*, Nomosverlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001.

65. Una exposición sistemática al respecto en: KREBS, *Kontrolle*, pp. 38 y ss. y 220 y ss.; HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, «Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung», en: *Verwaltungskontrolle*, pp. 291 y ss.

66. GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, pp. 892 y ss.

aisladamente considerado y por sí mismo, alcance el nivel máximo de fiscalización.

Si dejamos ahora al margen el control jurisdiccional, podemos descubrir toda una multiforme variedad de controles administrativos. El problema no radica en su número, sino en su clasificación o sistematización. Naturalmente, no hay dificultad para ordenar y describir estos controles en función de criterios externos, por ejemplo. La cuestión consiste, sin embargo, en que ni la doctrina del Derecho Administrativo, ni, menos aún, la de las Ciencias de la Administración han prestado especial atención a esta temática⁶⁷, hasta el punto de que no es frecuente encontrar referencias a las distintas clases de control. La descripción ha de ser gráfica y debe huir de un concepto estricto de control, que se identifique con el control jurídico (o judicial). Por otra parte, el ejercicio del control no ha de producirse necesariamente a través de órganos y procedimientos propios y específicos, sino que, según las circunstancias, puede ser suficiente con instalar un concreto control en un segmento determinado de un procedimiento administrativo. Es habitual que los controles se sitúen en el marco de las relaciones de superioridad y de subordinación que guardan algunos órganos e instituciones entre sí (como las inspecciones de servicio, por ejemplo), pero también existen, y más aún en el futuro, controles que se insertan en el ámbito de las relaciones de colaboración y cooperación público-privado. «Control y cooperación no son conceptos necesariamente opuestos»⁶⁸. Lo decisivo es, a estos efectos, que se asegure personal, organizativa o procedimentalmente la específica *distancia* que requiere el ejercicio del control.

67. Más detalles sobre este tema en: BERND BECKER, *Öffentliche Verwaltung*, 1989, pp. 624 y ss., 870 y ss.

68. HOFFMANN-RIEM, «Verwaltungskontrolle – Perspektiven», en: *Verwaltungskontrolle*, p. 325 (366).

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

Para conseguir ese cambio de perspectiva no basta con complementar el control jurisdiccional con una teoría un poco más amplia de los controles. Se trata más bien de conceptualizar el Derecho Administrativo como un Derecho que se ocupa preferentemente de la acción administrativa. Si admitimos que el Derecho Administrativo tiene una doble misión que cumplir⁶⁹ –la de disciplinar o racionalizar la acción administrativa, de un lado y, *de otro*, la de garantizar la efectividad de esa acción– hemos de convenir entonces que es necesario estudiar la actividad de la Administración en sí misma, en su dimensión y hechura jurídica. Wolfgang Hoffmann-Riem ha explicado el necesario cambio de perspectiva con el siguiente esquema, que no es sino una síntesis de los resultados de algunos estudios en torno a la reforma del Derecho Administrativo⁷⁰:

– De la perspectiva del control judicial a la perspectiva de la acción. Ha de abandonarse la idea de que el Derecho no es otra cosa que una técnica de control judicial, para reforzar la vertiente de la acción administrativa (las normas jurídicas se observan aquí desde la perspectiva, no del juez, sino de la Administración, como reguladoras de su actuación).

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

69. SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 1, núm. marg. 30 y ss.; VON DER PFORDTEN, en: JZ 2005, p. 1077.

70. WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, «Die Eigenständigkeit der Verwaltung», en: GLVwR, vol. 1, § 10, núm. marg. 15.

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

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

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

– De una perspectiva de la Administración en clave descriptiva al énfasis en la producción o gestión.

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

– De la realización de funciones y competencias desde estructuras jerárquicas a otras formas de cumplimiento descentralizado y más o menos autónomo y al establecimiento de mecanismos de autorregulación regulada.

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

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

de centrarse, por tanto, en esa vertiente de la «acción administrativa»⁷¹.

Estos parámetros poseen diferente naturaleza o sustancia jurídica, según los casos. Algunos han sido construidos como parámetros estrictamente jurídicos, en todo su sentido (por ejemplo, la interdicción de la arbitrariedad, la seguridad jurídica o el principio de proporcionalidad). Otros, en cambio, incorporan, junto a esa dimensión jurídica, ingredientes diversos, como sucede por ejemplo con el criterio de la eficiencia y el principio de economía. No faltan tampoco, en fin, otros parámetros que, aunque difícilmente conceptualizables como cánones jurídicos, resultan, sin embargo, relevantes para la acción administrativa, como los principios de transparencia; de aceptación o consenso; y el criterio de la capacidad de innovación. La teoría general del Derecho Administrativo no puede desplegar y construir todos estos parámetros, puesto que su comprensión excede en mucho de su ámbito y requiere conocimientos de economía de la Administración y de sociología de la organización. Lo que sí le corresponde al Derecho Administrativo es establecer procedimientos que faciliten su desarrollo y aplicación; que hagan posible su interacción y complementariedad; y permitan la generación de los necesarios procesos de aprendizaje en el seno de la Administración⁷².

71. Al respecto, SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 6, núm. marg. 57 y ss.

72. Para mayor abundamiento: RAINER PITTSCHAS, «Maßstäbe im Verwaltungsrecht», en: GLVwR, vol. 2, § 33.

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

Las líneas de tendencia apuntadas en el epígrafe anterior podrían también sintetizarse con el rótulo o con el concepto de «Administración dirigida por la ley». Con la expresión «dirigida por la ley» en realidad quiere aludirse al tradicional concepto de «legalidad», lo que incluye no sólo la vinculación de la Administración a la ley parlamentaria, sino también a las normas europeas e internacionales y al Derecho establecido por el propio Ejecutivo.

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

En términos un tanto simplificadores, podríamos decir que los elementos fundamentales del esquema tradicional sobre el tema de la conformidad de la acción de la Administración a la Ley se construyen sobre las siguientes bases:

- La vinculación a la Ley se expresa mediante el *enunciado* de la norma.
- El enunciado de la norma se entiende como una suma de *conceptos legales*, distinguiéndose entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, conectados mediante la determinación de los efectos o consecuencias («debe» / «puede»).
- La Ley se aplica de acuerdo con el método de los tres escalones: interpretación, identificación del supuesto de hecho y subsunción.
- El *mecanismo de la subsunción* es la piedra angular de la vinculación de la Administración a la Ley; representa un modelo estratificado.

En resumen, este sencillo modelo explicativo sobre la ejecución de la ley nunca ha comprendido la realidad de su aplicación, pero ha

resultado siempre fácil de retener y convincente por su simplicidad. Pese a su debilidad y sus déficits puede representar un adecuado punto de partida en situaciones sencillas. Y, por lo demás, cumple una función «educativa» porque obliga a los funcionarios a preocuparse por el contenido de las normas vinculantes, impidiendo que den rienda suelta a sus propias interpretaciones.

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

Como se ha notado, el modelo tradicional resulta insuficiente para explicar y aprehender otros muchos supuestos que ya no encajan en ese esquema. Es necesario, por tanto, crear un modelo más complejo y matizado que pueda dar cuenta y disciplinar, de entrada, otras formas de legislar más allá de la simplista estructura de un presupuesto de hecho que todo lo contempla, al que anudar una consecuencia jurídica. Piénsese, por ejemplo, que las leyes establecen también otras formas de dirigir a la Administración:

- conceptos legales abiertos y presupuestos de hecho abiertos;
- cláusulas y mandatos de ponderación de los bienes y valores en presencia, característicos del planeamiento territorial;
- el solo establecimiento de los fines y objetivos, garantías de resultado, etc., como sucede en la regulación de la competencia o en la autorregulación regulada;
- habilitaciones legales por las que se le atribuyen a la Administración márgenes de apreciación y valoración de carácter técnico.

Puede afirmarse que la Constitución postula e impulsa un sistema más complejo, esto es, distintas formas de someter la Administra-

ción a la Ley y al Derecho. En realidad, con base en la Constitución puede distinguirse toda una graduación o escala de los distintas formas de aplicación del Derecho a manos de la Administración, que corra paralela a las diferentes formas de legislar. La teoría de la aplicación o concreción del Derecho ha de contener un conjunto de supuestos mucho más matizados para poder dar respuesta a los distintos escenarios y situaciones en los que la Administración ha de resolver. El modelo tradicional resulta en exceso simplista o unívoco, como se ha insistido. Y aun cuando el mecanismo de la pura subsunción del caso en el presupuesto de hecho que la norma contempla habrá de seguir ocupando un lugar fundamental, como no puede ser de otra manera, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que no se basta a sí mismo, puesto que la realidad demuestra que son muchos los casos y los sectores en los que no se legisla de ese modo y, en consecuencia, no cabe esa operación lógico-formal, como se pone de relieve en tantos ejemplos que provienen de la Parte Especial del Derecho Administrativo y de la misma práctica⁷³. La Administración contemporánea, por otra parte, no es la Administración del «orden y mando», del «command and control»; no es ya una Administración que sólo dicta órdenes y establece prohibiciones. Por ello, por ejemplo, habrá que examinar en cada caso si las normas que están destinadas a ser aplicadas mediante un sistema de ejecución unilateral y coercitiva son de utilidad en el ámbito contractual. De otro lado, la teoría de la aplicación del Derecho por parte de la Administración consiste como siempre en una *reconstrucción jurídica* acerca de la relación que la Administración mantiene con la Ley y el Derecho. No se trata con ello de trasladar o calcar la realidad fáctica sin más, sino de satisfacer unas funciones normativas propias.

73. También en este sentido: HANS-HEINRICH TRUTE, «Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen», en: SCHMIDT-ASSMANN/HOFFMANN-RIEM (Coords.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, p. 293 (303).

a) *La labor ante el texto de la norma*

La labor que ha de realizar la Administración ante un texto legal es la misma, cualquiera que sea la potestad –discrecional o reglada– que tenga atribuida, puesto que, al fin y al cabo, la discrecionalidad se mueve dentro del marco que la norma haya establecido. Esa tarea comprende tres actividades: primero, la interpretación de la ley, de acuerdo con lo que dispone la *teoría del método*; segundo, la identificación de los hechos, del sustrato fáctico, conforme a los criterios que se deriven de los *medios de prueba* que, en cada caso, procedan; y, tercero, la subsunción (teniendo en cuenta aquí, en su caso, que la ley puede establecer la obligación de ponderar los bienes y valores en presencia). A este propósito, han de observarse señaladamente los siguientes aspectos⁷⁴:

- La exposición del contenido del *programa que la legislación establece con carácter vinculante*, derivado de los distintos estratos normativos y de los supuestos de hecho que las leyes, especiales y generales, contienen.
- La comprensión y clasificación de los distintos *modos de dirección* de la ley en cuanto programa, de la dirección de la Administración mediante procedimientos, del contexto y, en su caso, de otros medios complementarios (aquí resulta eficaz, aunque no siempre, la interpretación sistemática).
- La sistematización de las diferentes *estructuras normativas*, de cara a determinar la existencia de supuestos de discrecionalidad abiertos o implícitos, así como su fundamento o razón de ser; los fines u objetivos a los que obedecen; así como sus respectivos límites.

La aplicación de la ley o, si se prefiere, la tarea a realizar con el texto normativo no consiste simplemente en reproducir las decisiones

74. Véase EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Gesetzesbindung der verhandelnden Verwaltung», en: *FS für Brohm*, 2002, pp. 547 (549 y ss.).

previas que haya adoptado el legislador. Al aplicador del Derecho se le puede exigir que lleve a cabo difíciles y complejas ponderaciones de los intereses, bienes y valores en presencia antes de adoptar una decisión determinada, lo que implica que se pueden dar momentos o fases decisorias de suma trascendencia. Se trata, sin embargo, de un trabajo que en todo caso ha de responder a las exigencias del método jurídico. En ese mismo plano, tampoco cabe excluir que se utilicen criterios que, como el de la eficiencia, pueden ser recogidos en las normas jurídicas, en cuyo caso habrán de ser entonces aplicados de acuerdo con el método habitual. La introducción de parámetros como el de la eficiencia no está reñido, por tanto, con la entrada en escena del nuevo modelo de dirección en punto a la aplicación de la ley, habida cuenta de que su asunción en la norma significa que ha pasado a formar parte del Derecho. Así, por ejemplo, el acuerdo sobre los fines y garantías de resultado que han de alcanzarse en la satisfacción de determinadas prestaciones puede incorporarse en el presupuesto de hecho de una norma bajo el concepto de interés público.

b) *Sobre las directrices o criterios para el ejercicio de potestades discrecionales*

Los criterios que enmarcan el ejercicio de las potestades discrecionales forman parte también de este modelo. La discrecionalidad es concreción o aplicación del Derecho⁷⁵, aunque se trate de una variante o de una forma especial de aplicar la Ley y el Derecho. La discrecionalidad administrativa constituye la expresión cifrada de una forma especial de dirigir a la Administración por medio de la ponderación. Con el concepto de discrecionalidad se hace referencia a la *estructura jurídica* en que se concreta un modelo de acción de la Administración pública caracterizado de ordinario por una mayor apertura. En

75. Sobre este tema, desde el punto de vista de la historia de la dogmática, *vid.* ULLA HELD-DAAB, *Das freie Ermessen*, 1996, pp. 236 y ss.

consecuencia, la discrecionalidad es un *concepto jurídico* y no sólo un ámbito de libre configuración política. La estructura jurídica de la discrecionalidad posee una naturaleza o dimensión que podríamos calificar de procedimental, en el sentido de que requiere para su ejercicio de un «procedimiento interno» (Hill). Los criterios que sirven de guía para el ejercicio de la discrecionalidad constituyen una suerte de directriz jurídica para la Administración. Así los ha descrito Michael Gerhardt⁷⁶: la exigencia fundamental y básica que se desprende directamente de la cláusula del Estado de Derecho consiste en la racionalidad del ejercicio del poder estatal. Que el poder público deba ejercerse siempre de forma racional supone que toda decisión administrativa ha de sujetarse a un triple mandato:

– El proceso decisorio ha de estar estructurado y, en consecuencia, resultar transparente. Éste puede construirse sobre la base que proporciona la dogmática de la ponderación de intereses, bienes y valores, inducida para la actividad planificadora de la Administración e inspirada en el principio de proporcionalidad*.

– La actividad instructora, las valoraciones y los cálculos de probabilidades acerca de los resultados o de la evolución de futuro que pueda experimentar la

76. MICHAEL GERHARDT, en: SCHOCH/SCHMIDT-ASSMANN/PIETZNER (Coords.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 114, núm. marg. 5.

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

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

Entre nuestra doctrina, además, contribuye a enmarcar esta problemática y un entendimiento más profundo de este planteamiento el trabajo de JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial

cuestión a decidir habrán de ser acordes con la realidad. Ha de minimizarse en lo posible la incertidumbre con la ayuda del método adecuado; y si no es factible, ello habrá de tenerse en cuenta en la ponderación.

– De un lado, la Administración ha de observar en su ponderación las directrices normativas que sean de aplicación al caso, y entre las que el principio de proporcionalidad –en cuanto ley material básica de la ponderación propia del Estado de Derecho– destaca de manera singular. De otro, también está obligada, por imperativo legal, a aplicar y a traducir en decisiones concretas los criterios de corrección* «extrajurídicos» que, con frecuencia, se establecen legalmente, aunque sea en forma implícita, cuando se le encomienda que cumpla una función o ejerza un cometido en términos de discrecionalidad, esto es, cuando la ley no predetermina la respuesta y le atribuye a la Administración la última palabra en un asunto concreto. En tales casos, en efecto, la Administración ha de incorporar en su decisión otros elementos de juicio, en realidad implícitos en la potestad discrecional, puesto que debe buscar la mejor solución para el caso concreto (discrecionalidad de carácter general); ha de optimizar las ventajas y minimizar los inconvenientes de una obra pública o de una infraestructura (discrecionalidad en el ámbito del planeamiento); o realizar un análisis o valoración técnicos de acuerdo con el estado de la ciencia y los mejores conocimientos de que pueda disponerse (facultades de apreciación, en la categorización alemana, o «discrecionalidad técnica»).

Todos estos conceptos pretenden llamar la atención o subrayar los escenarios más típicos a los que se enfrenta la Administración

Pons, Madrid, 2000. Con carácter más colateral, puede verse asimismo J. BARNES, «La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz», en lo que hace a la discrecionalidad, en la obra colectiva, coordinada por el mismo autor, *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1993; del mismo, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (1998), pp. 135-206.

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

cuando ha de resolver y adoptar decisiones. Al mismo tiempo, esos conceptos vuelcan sus exigencias específicas sobre el modelo de racionalidad de la ponderación administrativa en que se materializa la estructura fundamental de la discrecionalidad. Y aquí, nótese bien, no se trata necesariamente de introducir nuevos cánones o parámetros de control judicial, sino, sobre todo y fundamentalmente, de formular pautas de conducta o reglas para una mejor decisión discrecional de la Administración. Para inducir esas pautas o criterios de la acción administrativa discrecional es necesario recurrir al caudal de experiencias acumuladas, a la práctica, a los manuales especializados en función de cada sector, etc., antes que a los dogmas procesales. La teoría de la discrecionalidad se remite, en esta parte, a la *teoría de los parámetros* de la acción administrativa.

III. «DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA PRESTACIÓN A UN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA GARANTÍA DE LA PRESTACIÓN»

Este cambio de perspectiva (del Estado prestador al Estado garante) se inspira y apoya en la teoría de las clases de Administración⁷⁷. Al Derecho Administrativo, en efecto, no sólo le interesa estudiar los supuestos en los que la Administración presta por sí misma los servicios o vigila u ordena una actividad a través de su propio personal y de su organización, sino también cuándo garantiza un resultado prestacional. Es más, la tarea primordial de nuestro tiempo con-

77. Sobre este tema: SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, cap. 3, núm. marg. 98 y ss. (Se trata de consideraciones introducidas por el autor en la segunda edición de 2004, citada en la nota 6, y que no se encuentran por tanto en la traducción española de la primera edición de 1998.)

siste en crear el marco jurídico, las instituciones y los procedimientos apropiados para esos otros casos en los que la Administración se limita a impulsar y garantizar la autorregulación social para el cumplimiento de determinadas tareas –bien porque así lo desea, o bien porque está obligada a ello–; en otras palabras, cuando la responsabilidad de la Administración consiste en garantizar que el sector privado pueda satisfacer las tareas que le corresponden. En ocasiones, esos procesos son el resultado de la *privatización* de actividades antes prestadas en régimen de monopolio; en otras, sin embargo, se trata de un movimiento contrario, esto es, de la *publificación* de una actividad hasta entonces en manos del sector privado, como consecuencia de la insuficiencia o incapacidad para prestarlo de forma satisfactoria. De todo ello ha de ocuparse el Derecho Administrativo.

Naturalmente, el constante replanteamiento del reparto de tareas entre la sociedad y el Estado tiene inmediatas consecuencias para la ciencia del Derecho Administrativo. Ésta ha sido una de las preocupaciones centrales de los estudios sobre la reforma y la modernización de la disciplina. La cambiante atribución de esferas o ámbitos de «responsabilidades»⁷⁸ entre la Administración y el ciudadano y el concepto de «autorregulación regulada» constituyen los elementos centrales a tener en cuenta.

En este sentido, la «responsabilidad que tiene el Estado de garantizar la prestación» se ha erigido en el concepto clave⁷⁹. Esa responsabilidad y compromiso se da cuando a la Administración –de ordinario, porque así lo dispone la ley– le corresponde asegurar que

78. SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze», en: *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, pp. 11 (43 y ss.).

79. Al respecto, de forma sistemática: VOSSKUHLE, VVDStRL, núm. 62 (2003), pp. 226 y ss.; y también WOLFGANG WEISS, «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», en DVBl, 2002, pp. 1167 y ss.

esa actividad de interés general sea satisfecha en condiciones adecuadas por el sector privado.

Esta responsabilidad del Estado para garantizar un resultado se articula y estructura de múltiples formas. Al fin y al cabo, son muchas las actividades administrativas que se satisfacen a través de fórmulas de Derecho privado, al servicio del interés general⁸⁰:

– Con frecuencia, basta con establecer mecanismos de autovigilancia y auto-control con la superior presencia de la Administración (reparto de responsabilidades en materia de vigilancia). Entre otros ejemplos, podrían citarse el sistema combinado de certificaciones y acreditaciones en el ámbito de la gestión medioambiental; o el sistema de inspección y control de las entidades financieras; la inspección de los edificios, desregulada en algunos países; etc.⁸¹

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

Son numerosas y de muy variado tipo las actividades que se prestan en este régimen, caracterizado, como se ha notado, por el hecho de que la Administración garantiza el resultado final (una prestación adecuada, a un precio razonable, etc.). Es un fenómeno

80. Véase SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft*, pp. 406 y ss. y 898 y ss.

81. Ewer, *Betriebliche Eigenüberwachung, staatliche Kontrolle und gerichtliche Überprüfung am Beispiel der Biostoffverordnung und der zugrunde liegenden Vorschriften des Arbeitsschutzgesetzes*, en: Nolte (Hrsg.), *Kontrolle im verfassten Rechtsstaat*, 2002, S. 145 ss.

suficientemente relevante como para admitir la idea de que se trata de una nueva clase de Administración pública, con señas de identidad propias. Podría decirse, por tanto, que además de las formas de Administración más tradicionales, como las denominadas «Administración prestacional» y «Administración ordenadora» (o de actividad de policía, en la terminología española), ha surgido una nueva clase, la *Administración garantizadora de la prestación*. Esta forma de Administración comparte, desde luego, muchas notas en común con la de dirección, puesto que la Administración garante también ha de enfrentarse con frecuencia a situaciones de conflictos de intereses entre las partes (empresarios, usuarios, etc.), a constelaciones de intereses en las que se encuentran en juego igualmente derechos fundamentales (de libertad o de tutela), intereses de terceros, etc., y en las que, por consiguiente, se trata de tomar decisiones sumamente complejas. Lo singular y característico de esta forma de Administración que garantiza un resultado reside, sin embargo, en un dato fundamental. Y es que la Administración y el sector privado actúan de consuno y en común para satisfacer el bienestar general. La Administración no modela ni «petrifica» la iniciativa privada o los criterios de racionalización a los que ésta se sujeta, sino que 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 siga su propia dinámica y capacidad de actuación. El Estado y la sociedad tienen su propia racionalidad⁸². En forma esquemática, podría decirse que la Administración garantizadora de las prestaciones se caracteriza por las siguientes cuatro notas:

82. Así se expresa VOSSKUHLE, en VVDStRL, núm. 62 (2003), p. 266 (307).

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

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

– La necesidad de que ambos sistemas profundicen en la autovigilancia y en el autocontrol, lo cual remite a una cierta tendencia a la publicidad.

– La creación de estructuras, con la ayuda de las leyes estatales, que consoliden el contexto regulador, sin petrificarlo, mediante el establecimiento de un marco jurídico adecuado y la determinación de objetivos, fines y logros a alcanzar.

Ese *Derecho Administrativo de garantía* –en construcción– habrá de traducir el abigarrado conjunto de normas que se hallan dispersas en los distintos sectores especiales en institutos jurídicos bien perfilados. El Derecho Administrativo del futuro seguirá siendo un Derecho de la Administración ordenadora, prestadora, directora y planificadora, pero será, además, un Derecho de la «Administración garante de un resultado»*.

Andreas Voßkuhle ha explicado de una forma sistemática los rasgos fundamentales que caracterizan al Derecho Administrativo garantizador⁸³: las leyes que configuran este modelo de Administración y de Derecho Administrativo, afirma este autor, han de poner

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

83. De forma resumida en: VVDStRL, núm. 62 (2003), pp. 266 (310 y ss.)

el acento en medidas de carácter estructural y de corte finalista. Y ello se consigue fundamentalmente mediante la selección de las organizaciones y de los procedimientos adecuados*. No obstante, a este nuevo Derecho Administrativo le interesan tanto los medios y técnicas típicas del Derecho público (procedimientos administrativos; organizaciones administrativas), como privados (procedimientos y organizaciones de Derecho privado). Habrán de inocularse en esas instituciones del Derecho privado los equivalentes funcionales de las garantías propias del Derecho Administrativo clásico**. Entre las cuestiones que la dogmática ha de sistematizar y resolver en esta sede podrían citarse las siguientes:

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

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

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

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

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

* Véase el último capítulo de la presente obra colectiva.

** Véase el último capítulo de la presente obra colectiva. Los capítulos quinto y sexto de *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, cit., resultan de obligada lectura para extraer mayores consecuencias de la síntesis de esta problemática que en el texto se apunta. Asimismo, resulta obligada la remisión al volumen colectivo de la serie de reforma *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996.

CUARTA PARTE

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y SU FUNCIÓN INNOVADORA ANTE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

EL debate académico sobre la reforma del Derecho Administrativo ha tenido en cuenta desde el principio el fenómeno de la europeización del Derecho y sus consecuencias para nuestra disciplina. La doctrina ha estado siempre atenta a la construcción del Derecho Comunitario de acuerdo con los dictados de la cláusula del Estado de Derecho. Con el correr del tiempo se hizo, sin embargo, cada vez más patente que los cambios y efectos no sólo afectaban al plano normativo, a la conformación del Derecho, sino también al ámbito organizativo, a las estructuras administrativas⁸⁴. Bajo el manto de la Unión Europea se ha establecido, en efecto, una densa red de relaciones administrativas que intervienen en el espacio comunitario, en interacción recíproca, integrada por las instituciones comunitarias y todas las Administraciones nacionales, en sus distintos niveles. Nos hallamos ante una suerte de *asociación* o *unión de Administraciones europeas* o, si se prefiere, ante un conjunto interrelacionado de Administraciones, nacionales y europeas* (I). El Derecho Administrativo que requiere ese conjunto interrelacionado de Administraciones del espacio comunitario –el Derecho Administrativo Europeo– no está aún bien definido, puesto que su objeto y materia resultan todavía poco claros a los ojos del Derecho Comunitario y del Derecho nacional.

84. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN/WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (Coords.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999.

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

De ahí que el sistema jurídico-administrativo no haya sido capaz de responder a los retos que esa red de Administraciones plantea. Los típicos *problemas* «asociativos» o de *conjunto* no han sido aún resueltos. Tal es la tarea que tiene por delante. Para conseguir que el Derecho Administrativo Europeo pueda construirse sobre unas bases y premisas sistemáticas e integrales, es necesario recurrir a la idea de la constitucionalización que proviene de los ordenamientos nacionales (II)*.

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

La Unión Europea y sus predecesoras, las Comunidades Europeas, nunca han sido en realidad comunidades exclusivamente económicas. Lo que sí han sido siempre es Comunidades de Administraciones públicas. La Unión Aduanera y la ordenación del mercado agrícola, tal y como se establecieron en los Tratados de Roma de 1957, fueron posibles merced al considerable esfuerzo de todas las Administraciones implicadas, nacionales y europeas. Sin embargo, durante largo tiempo esta realidad, o no se ha valorado en su justa medida, o bien ha sido tachada como problemática y se ha visto reducida a la simplista visión de una Administración europea sobredimensionada y fuertemente centralizada («Administración Mamut»). Ambas posiciones son erróneas: el personal al servicio de la Comisión no ha crecido de forma perceptible desde hace muchos años. Tan sólo ha aumentado su número con ocasión de las sucesivas ampliaciones hacia el Este. Piénsese que con 23.000 empleados públicos, Bruselas ejerce

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

un mayor número de competencias y de más complejidad que tantas otras Administraciones alemanas o españolas, que cuentan, sin embargo, con un volumen de personal superior.

La Administración europea no se puede entender, ni se deja describir, en clave jerárquica, puesto que consiste en un conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y comunitarias que trabajan en común, cada vez con mayor intensidad, aunque no por ello se amalgamen ni reduzcan a unidad. Así pues, el punto de partida ha de situarse en un concepto *funcional* de Administración que incluya a las instancias de la Unión y a las Administraciones de los Estados miembros, esto es, una unión, asociación o conjunto interrelacionado que comprenda los dos niveles, y ello en el plano del *control*, de la *acción* y de la *información*⁸⁵.

1. LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES CONSTITUYEN LA BASE

Las Administraciones nacionales constituyen la base de ese conjunto interrelacionado de Administraciones del espacio comunitario. A ellas les compete el cumplimiento de la mayor parte de los asuntos y responsabilidades de carácter administrativo. Tramitan la inmensa mayoría de los procedimientos administrativos. A ellas les incumbe en exclusiva la aplicación del *Derecho nacional*. Y en buena medida aplican también el Derecho de la Unión. La Administración directa constituye la excepción. Casi toda la ejecución o aplicación corresponde a los Ejecutivos de los Estados miembros. Este es un dato de hecho que, por lo demás, refrenda el principio de subsidiariedad a que se refiere el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE): el concepto que de la Administración tiene la Unión se basa *en tér-*

85. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN/BETTINA SCHÖNDORF-HAUBOLD (Coords.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005.

minos organizativos en la primacía de la ejecución descentralizada de las competencias comunitarias (por parte de los Estados miembros).

2. LAS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

En el plano europeo, el grueso de las tareas y responsabilidades administrativas corresponde a la Comisión. La naturaleza administrativa de sus funciones y cometidos se desprende tanto del art. 211 TCE, de modo directo y explícito, como también del conjunto de las competencias que se le atribuyen: actividades y funciones de inspección, información, ejecución, fomento e impulso. Para la preparación y cumplimiento de todas esas funciones, la Comisión, constituida de forma colegiada, tiene a su disposición una Administración estructurada en Direcciones Generales, Direcciones y Negociados, que deben actuar como un conjunto unitario.

El alto grado de centralización de la Comisión ha ido relativizándose progresivamente como consecuencia de la creación de otras oficinas y agencias. Algunas de estas estructuras administrativas se encuentran estrechamente subordinadas a la Comisión, como el caso de las *agencias ejecutivas*, cuya tarea fundamental consiste en la ejecución de los presupuestos. Sin embargo, las unidades más importantes siguen el modelo de las Administraciones independientes. El número de representantes de los Estados miembros en sus órganos de dirección suele superar al de los de la Comisión. En los últimos años, se ha producido una ola de nuevas instituciones de este tipo, denominadas *agencias reguladoras*, lo que ha supuesto un claro fortalecimiento del complejo de organizaciones separadas de la Comisión: las Agencias de Medio Ambiente, del Medicamento, de Seguridad Alimentaria, de Seguridad del Tráfico Aéreo y Marítimo, Agencia Ferroviaria Europea o la Agencia Europea de Prevención y Control de Enfermedades. En algunos casos se trata de Administraciones con potestades decisorias propias *ad extra*, esto es, con efectos directos

hacia terceros aunque, por lo general, sólo llevan a cabo funciones de recopilación e intercambio de datos, de asesoramiento técnico y deliberación. No deben subestimarse, sin embargo, las amplias posibilidades de dirección que se derivan de esas actividades desarrolladas por las Agencias, habida cuenta de que en el contexto europeo el tratamiento y el intercambio de información constituye un elemento consustancial.

Además de esas nuevas fórmulas administrativas, cada vez más sofisticadas, ha de destacarse el creciente fenómeno de los *comités*, cuya función consiste en colaborar con las Administraciones nacionales; aportar conocimientos técnicos o especializados; y facilitar la apertura a las fuerzas sociales. Constituyen puntos de contacto imprescindibles para la Unión, en lo que hace a la obtención, tratamiento e intercambio de información. Sin sus aportaciones la Unión no podría desplegar su actividad, habida cuenta de los escasos recursos propios de que dispone. Dentro de este conjunto de comités destacan los propios de la comitología. Representan un importante mecanismo de cooperación entre la Comisión y los Ejecutivos de los Estados, porque contribuyen en una medida nada despreciable a la mejor elaboración del Derecho nacional de cara al cumplimiento y ejecución del Derecho comunitario. Los comités comenzaron su andadura en 1962. Se trata, pues, de una práctica inveterada, que hoy tiene su expresa consagración en el Tratado de la Comunidad Europea. Aunque los comités carecen de competencias para aprobar sus conclusiones o propuestas, sus resoluciones, sin embargo, resultan influyentes –en mayor o menor medida en función de la naturaleza de la consulta– cuando el Consejo elabora las normas de aplicación. Constituye una suerte de mecanismo de alimentación que contribuye a fortalecer la consistencia del conjunto y su forma de trabajo. El beneficio evidente de este sistema radica, como es obvio, en la colaboración y cooperación de todos los niveles. Su punto débil, sin embargo, reside en la falta de transparencia y de claridad en el reparto de responsabilidades.

3. LA COOPERACIÓN Y LA CREACIÓN DE REDES

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

La colaboración se mueve tanto en clave vertical, entre la Comisión y los Estados miembros, como horizontal, entre todas las Administraciones nacionales. A su vez, tales formas de colaboración admiten diferentes grados de intensidad. Desde contactos puntuales o esporádicos entre autoridades administrativas (para prestarse auxilio o ayuda respecto de determinados asuntos)⁸⁶, hasta redes de colaboración permanente⁸⁷. La cooperación cumple múltiples funciones en el Derecho comunitario:

86. Al respecto FLORIAN WETTNER, *Die Amtshilfe im Europäischen Verwaltungsrecht*, 2005.

87. Sobre este tema, véase JULIA SOMMER, *Verwaltungskooperation am Beispiel administrativer Informationsverfahren im europäischen Umweltrecht*, 2003.

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

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

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

Entre las fórmulas organizativas más características de ese conjunto interrelacionado que conforman las Administraciones del espacio europeo se encuentran las *redes administrativas*. Con este concepto se hace referencia a formas de colaboración más intensas y consistentes, con el apoyo habitual de redes electrónicas. Así se define en una reciente comunicación oficial: «La red de agencias nacionales constituye un conjunto estructurado en el que se incardinan las distintas instituciones comunicadas entre sí y en la que cada miembro asume una parte de la responsabilidad en la realización de los objetivos comunes».

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

Las *posiciones intermedias* o a mitad de camino plantean por de pronto notables dificultades para la ciencia del Derecho: el entrelazamiento y la interacción parecen resistirse al análisis y al deslinde de las responsabilidades asignadas a cada uno de los sujetos participantes, como cabe esperar de todo trabajo jurídico. Los problemas del Derecho Administrativo Europeo son en esencia problemas derivados de ese *trabajo en común*. En términos muy esquemáticos, podríamos sintetizarlos con tres palabras: transparencia, coherencia y eficiencia. El proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa conecta estos conceptos con el principio democrático (art. I – 47, 50), aunque también presentan una evidente relación con la cláusula del Estado de Derecho:

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

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

– El *mandato de eficiencia* obliga a una efectiva y equilibrada movilización de medios y recursos. Las tareas administrativas realizadas en común han de ser iguales en todo el territorio de la Unión y satisfacerse de conformidad con estándares que generen la confianza de todas las Administraciones participantes.

II. LAS CONTRIBUCIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO A LA ORDENACIÓN DEL MODELO

¿Qué soluciones y perspectivas brindan los documentos constitucionales de la Unión para hacer frente a estos nuevos retos? Hoy como ayer la cláusula del Estado de Derecho («l'état de droit», «rule of law») y el principio democrático (art. 6 TUE) constituyen la base y la premisa de partida, no sólo de los Estados miembros, sino de la propia Unión. El Derecho Administrativo Europeo ha de construirse en torno a estos dos principios.

Ha de notarse, sin embargo, que el estado actual del Derecho Constitucional de la Unión Europea no ha alcanzado las mismas cotas que en el plano interno. La estructura del Derecho Constitucional se compone de una pluralidad de niveles y elementos cuyas relaciones no están del todo clarificadas. Por ello, la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional no posee la misma intensidad que en el ámbito interno. Aún menos que en el sistema nacional, podría hablarse aquí, por tanto, de una «relación deductiva» entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional.

1. EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA APLICACIÓN O EJECUCIÓN

El articulado del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCE) contenía ya numerosos elementos sobre los que construir de forma sistemática la teoría general del Derecho Administrativo Europeo. Entre estas normas, se pueden citar, por ejemplo, el catálogo de fuentes del Derecho o de actos jurídicos de la Comunidad* (actual art.

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

249 TCE); los preceptos reguladores de la tutela judicial (arts. 230, 234 TCE, en su versión actual); y las disposiciones que se refieren a la responsabilidad patrimonial de la Comunidad (hoy, art. 288.2 TCE). Las reformas posteriores introducirían otros elementos, como el principio de subsidiariedad y de proporcionalidad; la protección de datos personales (art. 286 TCE); y el acceso a los documentos públicos (art. 255 TCE). Se trata de normas que se dirigen a las instituciones europeas. En cambio, son muy pocas las normas de Derecho originario que tienen por objeto o destinatario a las Administraciones nacionales (por ejemplo, la obligación de notificar a que se refiere, en el ámbito de las ayudas de Estado, el art. 88.III TCE). En todo caso, es claro que la Unión carece de muy pocas competencias para determinar el Derecho Administrativo *general* de los Estados miembros.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha enriquecido considerablemente el acervo comunitario mediante la introducción de principios generales del Derecho, que exceden en mucho las concretas normas positivas⁸⁸. Los principios, a diferencia de las disposiciones expresas, no sólo se dirigen a las instituciones de la Unión, sino también a los Estados miembros y a sus respectivas Administraciones en cuanto que aplican el Derecho de la Unión. Es más, puede decirse que los Estados miembros han sido objeto preferente de la jurisprudencia comunitaria. El TJCE recuerda así a los Estados miembros cuáles son sus deberes; y, a tal efecto, sitúa el punto de partida en el artículo 10 TCE (principio de lealtad; adecuado cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado). Ello implica una fuerte presión en pro de la reforma del Derecho Administrativo nacional, sobre todo en lo que se refiere a la organización, el procedimiento administrativo y el proceso judicial. Y ello como consecuencia de los conocidos principios de coordinación, equivalen-

88. Más información al respecto en JÜRGEN SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2ª ed., 2005, y, de forma resumida, la evolución más reciente en pp. III y ss.

cia y efectividad, de donde se infiere, entre otras cosas, que el Derecho Comunitario ha de ser aplicado de tal forma que su «plena eficacia» quede siempre asegurada. Y por lo mismo queda vedado impedir u obstaculizar de forma desproporcionada el ejercicio de los derechos que el ordenamiento comunitario reconoce. En términos generales, parece claro que la jurisprudencia comunitaria no ha mostrado la misma sensibilidad hacia los intereses de los Estados miembros y las Administraciones nacionales, que respecto del Derecho y la Administración comunitarios.

Esta situación resulta insatisfactoria si se tiene en cuenta que *todas* las Administraciones que intervienen de forma interrelacionada en el ámbito europeo conformando una suerte de asociación o unión, han de actuar de acuerdo con unos estándares análogos. Hay cuestiones, como las relativas a la protección de datos, el acceso a los documentos públicos, la firmeza de los actos administrativos o la audiencia del interesado, por ejemplo, que sólo pueden concebirse si reciben un tratamiento uniforme a nivel comunitario y nacional. Se puede decir que late en el propio Derecho originario una «presunción de paralelismo».

Así sucede, por ejemplo, con el art. 286 TCE, de acuerdo con el cual, y a través de una remisión dinámica, las instituciones comunitarias han de dispensar un nivel de protección de datos personales similar o equivalente al que proporcionan los Estados miembros; o los arts. 88 y ss. del Reglamento sobre los Presupuestos de la Comunidad Europea de 2002, que prescriben una forma de proceder análoga respecto de las adjudicaciones que realice la Comunidad.

2. LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA

El Derecho originario no ha sido nunca indiferente a los problemas y cuestiones típicamente administrativos. El *Tratado por el que se establece una Constitución para Europea* profundiza en esta línea,

regulando la dimensión administrativa de la Unión de forma aún más rotunda:

– Las competencias del Parlamento y del Consejo se configuran con más precisión que hasta ahora como funciones legislativas (arts. I-20 y I-23); se diferencian de los reglamentos europeos delegados y de ejecución (arts. I-36, 37); y se concretan mejor las competencias administrativas de la Comisión (art. I-26).

– El proyecto de Tratado recoge expresamente las instituciones administrativas que se han creado a lo largo del tiempo (las agencias, a las que antes hemos hecho mención), y las integra sistemáticamente en el marco de las disposiciones constitucionales básicas atinentes a la cláusula del Estado de Derecho y al principio democrático. Ello significa que las agencias han de sujetarse a las normas sobre publicidad (arts. I-50 y III-399); de protección de datos (art. I-51); y sobre recursos directos (art. III-365 y III-367). Para el ejercicio de sus competencias y atribuciones las instituciones comunitarias cuentan con el apoyo de una Administración europea abierta, eficiente e independiente (art. III-398).

– El proyecto de Tratado ha otorgado una particular importancia a las Administraciones nacionales a los efectos de asegurar la inexcusable cooperación administrativa (art. III-285). Por lo demás, mantiene las elementales obligaciones nacionales de transposición y ejecución de los actos jurídicos comunitarios, cuando no las refuerza por medio del principio de lealtad y de cooperación institucional. Las instancias regional y local y su autonomía en el seno de los Estados miembros se considera elemento esencial de la estructura constitucional de la Unión Europea (art. I-5.1).

3. EL SIGNIFICADO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, adquiere en el proyecto de Tratado una nueva dimensión por cuanto implica un nuevo impulso para la constitucionalización y construcción del Derecho Administrativo Europeo. En la experiencia alemana, es obvio que los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de 1949 han modela-

do por completo el Derecho Administrativo nacional. Por lo que hace a Europa, y aun cuando el Derecho originario ya reconociera desde el inicio algunos derechos fundamentales, bien sea expresamente, o bien a través de los principios generales del Derecho, resulta evidente desde luego que su incorporación al proyecto de Constitución supondrá un decisivo fortalecimiento para la configuración del Derecho Administrativo Europeo. Así, por ejemplo, y en lo que a una de sus premisas básicas se refiere, cabe esperar que ese Derecho Administrativo dé mayor consistencia y protagonismo a la dimensión del individuo en las relaciones Administración-ciudadano, frente a la vieja concepción francesa en la que ha estado inspirado el Derecho Administrativo de la Comunidad Económica Europea. Ello entraña un refrendo indirecto de los valores inherentes al Derecho Administrativo alemán contemporáneo, puesto que éste se ha construido sobre el eje de la tutela individual. Por lo demás, los derechos fundamentales vinculan en igual medida a las instituciones europeas y a los Estados miembros en cuanto aplican y ejecutan el Derecho de la Unión (art. II-111). Y ello es coherente con la idea de la acción conjunta o en asociación que caracteriza a las Administraciones del espacio europeo.

Con todo, ha de valorarse en términos críticos que hayan proliferado tantas garantías de los *derechos fundamentales* por lo que puede suponer de *solapamientos* y de contradicciones entre sí. De una parte, el proyecto establece un catálogo propio de derechos fundamentales; de otra, declara simultáneamente que el Convenio Europeo de Derechos Humanos forma parte del Derecho de la Unión (art. I-9, 3). A ello se suma el reconocimiento –genérico o específico– de otros derechos fundamentales a lo largo del articulado del proyecto de Constitución. A lo que ha de añadirse, por último, que el contenido de los derechos de libertad que se garantizan en la Primera y Tercera Parte de la Constitución no resulta fácilmente conectable con los clásicos derechos de libertad, ni con los derechos de carácter social. Aun cuando el proyecto se esfuerce por armonizar el alcance, vinculación y eficacia de los distintos derechos mediante la fijación de cier-

tas pautas interpretativas (art. II-112), resulta dudoso, sin embargo, que con ello se alcance un mejor nivel de protección. Probablemente, el constituyente debiera haberse guiado por la máxima «multum non multa».

4. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Las consideraciones precedentes pueden hacerse extensivas en cierto modo al derecho a una buena administración a que se refiere el art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. II-101 del Proyecto de Constitución), de acuerdo con el cual, «todos tienen derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable». E integra, sin pretensión alguna de exhaustividad, el derecho de toda persona a ser oída; a acceder al expediente; la obligación de motivar las decisiones; y el derecho a la reparación de los daños causados, etc.. Algunos de estos derechos incluidos en el derecho a una buena administración ya cuentan con un largo reconocimiento jurisprudencial; otros, en cambio, se encuentran recogidos con todo detalle en otras disposiciones de Derecho Comunitario originario, como sucede, por ejemplo, con el derecho general de acceso a los documentos públicos (art. I-50, II-102, III-399).

Por su parte, el Derecho Comunitario derivado ha garantizado en múltiples normas otros elementos o componentes de este derecho, cuya observancia obliga a las respectivas instituciones europeas. Un ejemplo paradigmático lo constituye el *Código del Defensor del Pueblo* («Código Europeo de Buena Conducta Administrativa»), en el que se establecen no sólo cuestiones genéricas o de principio, sino disposiciones concretas sobre el tratamiento y tramitación de las solicitudes recibidas, por ejemplo. Sin embargo, esas normas que se dan a sí mismas las instituciones no tienen valor vinculante. Para el jurista de formación alemana (o española), enraizado en la teoría clásica de

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

Como el propio art. II-101 del Proyecto de Constitución reconoce explícitamente, se trata de un derecho que sólo se puede ejercer antes las instituciones europeas. Ello no quiere decir, antes al contrario, que el citado precepto no pueda ejercer una notable influencia e irradiación sobre el Derecho Administrativo nacional. De entrada, parece que la mayor parte de sus facultades y elementos se encuentran ya consagrados tanto en las leyes de procedimiento administrativo, como en la jurisprudencia de los Estados miembros. Ha de reconocerse, sin embargo, que el reconocimiento genérico del derecho a una buena administración, o la misma evolución del Derecho de la Unión, podrán contribuir a disciplinar mejor nuevos campos o terrenos, como el de las relaciones de la Administración electrónica (procedimientos electrónicos, etc.).

No se puede predecir si el derecho a una buena Administración podría convertirse en el eje o en la columna vertebral de una futura codificación de la Parte General del Derecho Administrativo de la

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

Administración de la Unión, habida cuenta de la notable resistencia y críticas que levanta cualquier género de codificación, y no sólo entre los juristas ingleses. De lo que sí resulta indicativo en todo caso es de que se ha extendido en la Unión Europea el reconocimiento general de que el Derecho Administrativo debe construirse sobre los fundamentos esenciales de la cláusula del Estado de Derecho, esto es, de que ha de ser un Derecho Administrativo propio y característico de un Estado de Derecho.

III. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA EVOLUCIÓN FUTURA

A resultas de cuanto antecede, ¿dónde se localizan los puntos débiles y los riesgos de cara a la formación de una estructura asociativa de las Administraciones europeas? Podrían identificarse tres problemas fundamentales: la falta de transparencia; la segmentación o fragmentación; y la ideología igualitaria.

En primer lugar, la *falta de transparencia* constituye un fenómeno externo, que no es sino consecuencia de la forma en que ha crecido —un tanto asistemática y a golpe de las necesidades de cada sector— esta estructura asociativa de trabajo en común e interrelacionado que caracteriza a la acción de las Administraciones del espacio europeo. Sus formas y expresiones concretas se han ido determinando aleatoriamente, de modo que ningún entramado administrativo es igual al otro, sin que las diferencias puedan reducirse a unidad ni concebirse en términos sistemáticos. Hoy se entiende como una disfunción. De ahí que los actos jurídicos más recientes apuesten por estructuras administrativas mejor definidas y perfiladas.

Desde el punto de vista interno, sin embargo, la falta de transparencia arroja un saldo más negativo, esto es, en lo que se refiere a la

inexistencia de una clara y precisa atribución de responsabilidades entre todos los sujetos intervinientes. Ello obedece en buena medida al carácter intergubernamental de la Comunidad y de sus órganos decisorios, en los que se encuentran representados de ordinario todos los Estados miembros. Los acuerdos y negociaciones, sin duda necesarios, desembocan con frecuencia en resultados de los que en última instancia nadie se responsabiliza. Y este es un problema que también se pone de manifiesto en los mismos consejos de administración de las Agencias. E incluso en el seno de la Comisión y en su estructura interna tampoco se ha establecido un claro reparto de responsabilidades. Aquí no encaja, por tanto, la imagen del típico aparato administrativo al que se le gobierna por medio de instrucciones u órdenes ministeriales. Este estado de cosas no parece que pueda cambiar mientras la Comisión esté presidida por el principio de colegialidad (art. 217.1 TCE).

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

de sus funciones. De otro, sin embargo, se fortalece el pensamiento «particularista» o sectorializado, se pierde la visión del conjunto y la perspectiva del bien común.

El tercer elemento crítico, que aquí hemos calificado de *ideología igualitaria o igualadora*, se refiere a las formas de cooperación horizontal entre las autoridades administrativas de los Estados miembros. Por una parte, como ya notábamos, se ha valorado negativamente la fuerte tendencia a la estandarización o unificación de la jurisprudencia comunitaria a consecuencia de su preocupación por que los Estados miembros apliquen uniformemente el Derecho Comunitario: de la mano de los principios de equivalencia y efectividad⁸⁹, el Derecho interno ha de configurar la organización y el procedimiento nacionales de tal manera que se asegure la «plena efectividad» de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario. Esa exigencia de igualdad formal del *Derecho* puede resultar excesiva eventualmente y no se corresponde con la escasa atención prestada a las *condiciones materiales de ejecución* de cada país. En este plano, siguen existiendo considerables diferencias, que ahora pueden verse aumentadas a resultas de las recientes ampliaciones. Sin embargo, la cooperación eficaz entre las *Administraciones* nacionales, tal y como se exige dentro de esta suerte de estructura asociativa, sólo puede garantizarse si cada una de las Administraciones participantes puede confiar en que los demás Ejecutivos nacionales proceden de acuerdo con estándares comparables de solicitud y diligencia, imparcialidad y discreción. De otro modo, no podría inspirarse la confianza recíproca que resulta inherente al sistema. El intercambio de información o el reconocimiento de títulos académicos no depende tanto de la creación de un marco jurídico unificado, como de la existencia de un grado de competencia y fiabilidad similar entre las distintas

89. THOMAS VON DANWITZ, «Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht», en DVBL, 1998, pp. 421 y ss.

Administraciones participantes. ¿Es posible realmente presumir la misma fuerza probatoria de todo documento emitido por cualesquiera de las instancias administrativas del espacio comunitario? Tal es la cuestión. Y lo cierto es que en este punto lamentablemente los documentos oficiales no se plantean este tema a la hora de hablar del reconocimiento, cuando en realidad debieran enfocar el problema de fondo al que se ha aludido desde un análisis crítico. Una cosa es que, eventualmente, pueda observarse algún déficit en el Derecho interno de un determinado Estado miembro, y otra, muy distinta, cuestionar la fiabilidad y competencia de sus funcionarios. Esto segundo, obviamente, es más delicado. Estas cuestiones prácticas han de estar presididas igualmente por la claridad, antes de que la «solidaridad», la «condición de socios» u otros conjuros similares acaben por convertirse verdaderamente en rasgos del sistema de la Administración europea, sin un previo análisis de las estructuras administrativas.

QUINTA PARTE
CUESTIONES METODOLÓGICAS DEL NUEVO
DERECHO ADMINISTRATIVO

I. LOS PLANOS DE LA DISCUSIÓN METODOLÓGICA

PARA investigar cuál sea el método apropiado para la nueva ciencia del Derecho Administrativo, preciso es responder a una cuestión previa: ¿de qué se trata? ¿De hallar el método que conduzca a una correcta aplicación e interpretación del Derecho por parte de la Administración pública o del método que permita construir la ciencia del Derecho Administrativo? El Derecho Administrativo es a un tiempo una «rama del Derecho» y una «disciplina científica»; y ambas vertientes plantean exigencias metodológicas diferentes que, no obstante, se conectan entre sí⁹⁰.

En ambos casos, ha de observarse la doble función que es inherente a todo método: la estructuración o sistematización de los argumentos y su selección. La incorporación de conocimientos provenientes de otras ciencias auxiliares y la misma ampliación del modelo explicativo son acciones que se realizan de forma reflexiva. A este propósito, Andreas Voßkuhle ha propuesto un modelo «pragmático» basado en siete pasos sucesivos, y en el que se abundará en el capítulo siguiente, al que ahora nos remitimos⁹¹.

Por lo demás, el debate que sobre el método del nuevo Derecho Administrativo ha tenido lugar en Alemania en los últimos años ha

90. MÖLLERS, en: GLVwR, vol. 1, § 3, núm. marg. 1.

91. ANDREAS VOSSKUHLE, «Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht», en: BAUER/CZYBULKA/KAHL/VOSSKUHLE (Coords.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, pp. 171 (188 y ss.).

puesto de relieve que la cuestión metodológica de nuestra disciplina ha estado fuertemente asociada, cuando no lastrada, por las teorías del método jurídico propias del Derecho Civil y del Derecho Penal. Cuando la doctrina del Derecho Administrativo se ha planteado el problema del método ha acudido preferentemente al canon metodológico que esas otras disciplinas científicas han cultivado con profusión. Y aunque sea cierto que los conocimientos que esas ramas proporcionan para la interpretación de los textos jurídicos resultan de inestimable valor para la Administración pública, no lo es menos, sin embargo, que no agotan en modo alguno la multiplicidad de escenarios en los que aquélla se encuentra en punto a la toma de decisiones. Ello explica que con el correr del tiempo se haya abierto paso la idea de que el método del Derecho Administrativo requiere una mayor autonomía⁹², habida cuenta, en efecto, de la pluralidad y heterogeneidad del Derecho que la Administración ha de aplicar y de la consiguiente diversidad de las fórmulas organizativas que la acción administrativa requiere.

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

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

Todas las teorías metodológicas del Derecho Administrativo tienen que partir de las distintas situaciones decisorias en que se encuentra el Ejecutivo. Un análisis atento pone de relieve, en efecto, que tales situaciones o escenarios se configuran de forma muy distin-

92. Al respecto, ver las reflexiones de EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN/WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (Coords.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004; y MÖLLERS, en: GLVwR, vol. 1, § 3, núm. marg. 3 y ss.

ta, en función de la clase de Derecho que haya de aplicar la Administración; del contexto organizativo en el que esta aplicación o concreción se produce; y de cuál sea la función, objetivo y cometido fundamental que tenga atribuidos la Administración en cada caso. De ahí se infiere, en consecuencia, que no hay un único modelo de concreción o aplicación del Derecho. A la Administración pública que negocia un acuerdo se le plantean problemas muy diferentes a los que se enfrenta cuando se limita a ejecutar una norma⁹³. Ambas situaciones se distinguen entre sí, a su vez, por la diversa situación que ocupa en un caso y en otro la potestad reglamentaria. Desde el punto de vista metodológico, estos supuestos no pueden medirse por el mismo rasero.

Por otra parte, todo método ha de asegurar que el caudal o acervo argumentativo siga siendo comprensible. Lo cual exige que ese conjunto de argumentos también resulte identificable y claro en sus presupuestos aplicativos e igualmente manejable en la práctica en cada uno de sus pasos. En resumen, ninguna vía permite reducir la pluralidad de situaciones posibles de aplicación jurídica a un único modelo principal.

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

El modelo básico de aplicación consiste en los tres pasos tradicionales: la interpretación, la identificación de los hechos y la operación lógico-formal de la subsunción. El método del Derecho Administrativo puede en este punto ser aún más tradicional que el método del Derecho Constitucional cuando su objeto consista en el dictado de sentencias constitucionales. Es más: es que debe serlo, puesto que

93. Véase SCHMIDT-ASSMANN (nota 74), pp. 547 y ss.

el modelo básico cumple una muy relevante función de cara a la Administración pública: la de disciplina y sujeción. Este método, en efecto, le obliga a enfrentarse intensamente a los textos jurídicos. Ello no es sino una consecuencia obligada de la jurisprudencia práctica.

Sin embargo, el mismo núcleo de este modelo pone de manifiesto que no es tan sencillo, que no es un simple mecanismo de aplicación del Derecho. Los tres pasos contienen, en efecto, elementos valorativos que no siempre se transmiten de forma unívoca entre los distintos sujetos u operadores jurídicos⁹⁴.

– La *interpretación* del Derecho Administrativo no es una tarea simple. Los métodos que se centran en la interpretación no ofrecen un canon cerrado, puesto que sus reglas se combinan y complementan en múltiples formas. Se ha de tener en cuenta además la interpretación orientada a y de conformidad con la Constitución⁹⁵; la interpretación de conformidad con el Derecho Comunitario, señaladamente, con las Directivas, las cuales constituyen un referente reconocido, aunque incierto en ocasiones en sus consecuencias y presupuestos⁹⁶. La interpretación de las Directivas en particular ha de incluir todo el Derecho nacional, no sólo la ley de transposición; y ha de vincular tanto a los tribunales, como a todas las Administraciones del Estado miembro⁹⁷. Ello tiene, desde luego, sentido en términos de integración política. No obstante, no han de pasarse por alto

94. Al respecto KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª e d., 1991, pp. 271 y ss.; sobre los criterios de la interpretación legal, ver WINFRIED BRUGGER, «Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetzes», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 119 (1994), pp. 1 y ss.

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

96. Véase WINFRIED BRECHMANN, *Die richtlinienkonforme Auslegung*, 1994; GIL CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS/KURT RIECHENBERG, «Zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts», en: *FS für Everling*, vol. 2, 1995, pp. 1213 y ss.

97. HANS D. JARASS, *Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts*, 1994, pp. 92 y ss.

algunas desviaciones o tendencias negativas. El Derecho Constitucional y el Derecho Europeo operan a menudo con conceptos muy amplios y, por ello, indeterminados; mientras que la vinculación presupone siempre una cierta medida de certeza. Así que no puede descartarse el peligro de que ciertos intereses puedan hacerse valer sobre la base de esas normas tan abstractas, infiltrándose de forma descontrolada dentro de la estructura del supuesto de hecho.

– La *identificación o fijación de los hechos* rara vez se aborda como un problema metodológico. Es un ámbito dominado de ordinario por las normas relativas a la prueba, propias de las leyes procesales. Pero una comprensión procesal del método ha de ir más allá de esas reglas clásicas para promover que el método del Derecho Administrativo pueda hacer uso de criterios capaces de anticiparse a la realidad (pronósticos y estimaciones); de sistematizar las distintas clases de presunciones que puedan hacerse sobre las diversas situaciones fácticas; y de incorporar conocimientos especializados y experiencias externos a la Administración. En tal sentido, ha de reflexionarse también acerca de en qué medida el «estado de cosas», por definición provisional y en continuo cambio, en un momento dado puede tomarse como base y fundamento para la toma de decisiones y cómo se legitima la acción de las autoridades⁹⁸. La europeización y la internacionalización, con sus múltiples supuestos fácticos que trascienden las fronteras nacionales, plantean exigencias cuyo alcance apenas ha podido determinarse hasta el momento⁹⁹.

– Por último, la seguridad y certidumbre de la *subsunción* depende en buena medida de que los datos y elementos que se introduzcan resulten abarcales. No siempre concurren, sin embargo, esas condiciones. Así sucede, por ejemplo, cuando el Derecho Comunitario establece cláusulas de ponderación y valoraciones en el proceso aplicativo o cuando la ley nacional se resuelve en la determinación de objetivos y fines muy amplios. Aun cuando se admita que la Administración ostenta una potestad reglada, la vinculación del Ejecutivo será relativa. Por otro lado, las disposiciones administrativas internas (circulares y pautas interpretativas, por ejemplo) y la propia rutina administrativa pueden aliviar estos problemas que suscita el modelo básico de aplicación de la Ley.

98. Al respecto, CHRISTOPH BRÜNING, *Einstweilige Verwaltungsführung*, 2003, pp. 174 y ss.

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

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

Es necesario un modelo más sofisticado cuando el Ejecutivo se encuentra ante otros escenarios más complejos, en concreto cuando debe aplicar leyes con presupuestos de hecho abiertos, esto es, cuando ha de colmar y dar contenido a las cláusulas de ponderación; a los márgenes de apreciación valorativa; y a las habilitaciones para la creación e innovación del Derecho. Son situaciones complejas en este sentido aquellas a las que se enfrentan el planeamiento territorial; la producción reglamentaria; la valoración de las situaciones de riesgo; o las funciones regulatorias. Todas ellas están marcadas por la misma necesidad: la de sopesar el heterogéneo conjunto de intereses en juego y meditar con cautela los efectos y consecuencias que a largo plazo puedan generarse. En este contexto, resulta útil distinguir entre la producción o gestación de la decisión, de un lado, y su presentación o descripción, de otro^{100*}. Por ejemplo, para el «tratamiento de la incertidumbre», que es algo característico del medio ambiente y de la tecnología, cabría desarrollar un método propio que tenga en cuenta y valore el material legislativo en cuestión¹⁰¹. Lo mismo cabe decir respecto de las relevantes consecuencias que puedan derivarse de las decisiones discrecionales¹⁰². El planteamiento metodológico que ha

100. Sobre este tema, HANS-HEINRICH TRUTE, «Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen», en: *Methoden*, pp. 293 y ss., y también WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, pp. 9 y ss.

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

101. En este sentido, IVO APPEL, «Methodik des Umgangs mit Ungewissheit», en: *Methoden*, pp. 327 (336 y ss.).

102. Así lo señala GEORG HERMES, «Folgenberücksichtigung in der Verwaltungspraxis und in anderen wirkungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft», en: *Methoden*, pp. 359 y ss.

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

III. LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON LAS CIENCIAS AFINES

Si se aspira a que la ciencia del Derecho Administrativo pueda cumplir eficazmente sus funciones de dirección en la sociedad, el Estado y la economía, es preciso que se abra a los conocimientos que aportan otras ciencias¹⁰³. Tal es el caso de las ciencias de la naturaleza y de la tecnología. No podría construirse un Derecho Administrativo de la información y del riesgo sin un profundo estudio de esas disciplinas. Para que el Derecho pueda imponerse a la dinámica propia de la técnica, es preciso conocer el funcionamiento de sus fuerzas motrices y de sus mecanismos internos.

La ciencia del Derecho Administrativo ha de estar igualmente abierta a las Ciencias Sociales y Económicas¹⁰⁴. La separación entre el

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

104. *Vid.* WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (Coord.), *Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht*, pp. 3 y ss.; del mismo autor, «Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht: Kommunikation in einer multidisziplinären Scientific Community», en: *Die Verwaltung*, 1999, 2,

«ser» y el «deber ser» no significa que el canon metodológico de carácter jurídico sea autosuficiente y se baste por sí solo¹⁰⁵. Lo único que está vedado es la importación indiscriminada y sin matices de postulados científicos o de teoremas extraños y ajenos al Derecho. Ello puede contrarrestarse, sin embargo, con un filtro adecuado basado en una comprensión del método que sea a un tiempo integradora y diferenciada (Voßkuhle). En otras palabras, una tal concepción del método pretende estudiar, analítica y sistemáticamente, de acuerdo con una secuencia o sucesión de juicios, el motivo, el alcance y las consecuencias de la recepción de conocimientos ajenos en el seno del Derecho Administrativo¹⁰⁶.

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

– Los postulados de carácter *empírico* resultan de más fácil manejo. Cuando se incorporan a la argumentación jurídica, normalmente lo hacen a través del presupuesto de hecho, esto es, introdu-

pp. 83 y ss.; también, detalladamente, expone esta cuestión CHRISTIAN BUMKE, «Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland», en: *Methoden*, pp. 73 y ss.

105. Al respecto CHRISTOPH MÖLLERS/ANDREAS VOSSKUHLE, «Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften», en: *Die Verwaltung*, vol. 36 (2003), pp. 321 (329).

106. VOSSKUHLE, pp. 171 (188 y ss.).

ciéndose en el plano del sustrato fáctico¹⁰⁷. Como sucede con el análisis de la realidad o de los hechos, la perspectiva empírica tiene su lugar más apropiado en el ámbito de la política legislativa. Puede adquirir mayor importancia, como se insistirá más adelante*, si se vincula a la teoría jurídica estructuralista y se utiliza y concibe el ámbito normativo –en cuanto que se halla orientado al caso singular y a un determinado sector material– como espacio principal de concreción y evolución del Derecho¹⁰⁸.

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

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

107. Sobre la investigación en cuestiones jurídicas, *vid.* ANDREAS VOSSKUHLE, «Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung», en: *Verwaltungsarchiv*, vol. 85 (1994), pp. 567 y ss.

* Véase el capítulo segundo de la presente obra.

108. FRIEDRICH MÜLLER/RALPH CHRSTENSEN, *Juristische Methodik I*, 8ª ed., 2002, pp. 297 y ss.

En definitiva, si los conocimientos que derivan de las Ciencias Económicas se moderan y filtran mediante los cauces metodológicos adecuados, la argumentación jurídica podrá verse enriquecida y las decisiones dotadas de mayor peso, que cuando se recurre simplemente a las valoraciones propias del principio de proporcionalidad.

Sobre todo ello habremos de abundar seguidamente en el capítulo segundo de la presente obra.