

# REFLEXIONES SOBRE LAS TRANSFORMACIONES ACTUALES DEL DERECHO PÚBLICO, EN ESPECIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO\*

JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela

*A la memoria de mi maestro el profesor Eduardo García de Enterría*

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS TRANSFORMACIONES ACTUALES DEL DERECHO PÚBLICO. NECESIDAD DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA. LOS HECHOS IMPULSORES DE LA RENOVACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICO-PÚBLICOS.—II. SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL SIGNIFICADO DE LA VINCULACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA CONSTITUCIÓN; «LA SUBJETIVIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO». UNA REFERENCIA NECESARIA AL PAPEL DE LA LEY Y A SU CRISIS. NUEVOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LA RESERVA LEGAL Y LA PRIMACÍA DE LAS LEYES.—III. SOBRE LA EXTENSIÓN Y UNIDAD DEL DERECHO PÚBLICO: SU EXPLICACIÓN A PARTIR DE LA IDEA DE INTERÉS GENERAL. SUS CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO.—IV. SOBRE LA GLOBALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO. EL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: SUS CONSECUENCIAS; LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO.—V. SOBRE LA RECOMPOSICIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LA SOCIEDAD Y EL ESTADO Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO. EL NUEVO PAPEL DEL ESTADO Y LAS FORMAS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA; UNA REFERENCIA A LA LLAMADA ACTIVIDAD PÚBLICA DE REGULACIÓN. LAS NOCIONES DE ESTADO REGULADOR Y DE ESTADO GARANTE; SUS CONSECUENCIAS PARA LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—VI. SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA «NUEVA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO». LA FUNCIÓN DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; LAS ACTUALES PROPUESTAS METODOLÓGICAS: EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO IDEA ORDENADORA Y COMO CIENCIA DE LA DIRECCIÓN. VALORACIÓN CRÍTICA. UNA ALUSIÓN FINAL A LA INCIDENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

## RESUMEN

Distintas circunstancias han producido en la actualidad importantes transformaciones en el Derecho público, en especial en el Derecho administrativo. El presente trabajo contiene una detenida reflexión sobre algunas de dichas circunstancias y sus consecuencias transformadoras.

---

\* Texto de la lección pronunciada por el autor el 28 de noviembre de 2013 en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma Tre con motivo de su investidura como Doctor *honoris causa* por dicha Universidad. Al texto se le han añadido un sumario y algunas referencias bibliográficas.

*Palabras clave:* Derecho público; Derecho administrativo; aplicación del Derecho público; relaciones Estado-sociedad; actividad de regulación.

#### ABSTRACT

Nowadays several circumstances have produced a broad transformation of Public Law and in particular of the Administrative Law. This article contains a detailed reflection on the most important factors which influenced that transformation.

*Key words:* Public Law; Administrative Law; Public Law application criteria; relationship State-society; regulation.

#### I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS TRANSFORMACIONES ACTUALES DEL DERECHO PÚBLICO. NECESIDAD DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA. LOS HECHOS IMPULSORES DE LA RENOVACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICO-PÚBLICOS

Desde hace ya algunos años la doctrina viene hablando, entre otras expresiones, de un Derecho público en proceso de «ruptura» o de «transformación radical»<sup>1</sup>, sometido a un dramático proceso de cambio en un marco social y económico de carácter cada vez más complejo, presidido por una gran incertidumbre y por la existencia de una profunda crisis económica que ha llegado a afectar al alcance y significado del principio mismo del Estado social y democrático de Derecho. Situación de cambio que, naturalmente, se predica también del Derecho administrativo como parte principalísima del Derecho público; se ha afirmado, incluso, en el caso concreto del Ordenamiento jurídico-administrativo, la existencia de una «crisis general»<sup>2</sup>, cuya superación solo podría producirse mediante su transformación radical o, al menos, mediante su adaptación a las nuevas circunstancias, esto es, a la realidad social y económica de nuestro tiempo. A algunas reflexiones sobre esta situación estará dedicada mi exposición.

Adaptación a las nuevas realidades sociales y económicas con total o parcial renovación de contenidos sería, pues, el desafío al que se encontraría confrontado el Derecho público de nuestros días, muy en

<sup>1</sup> H. BAUER, «Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?», *Die Verwaltung*, 3, 1992, págs. 301-302 (hay traducción española: «¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo?», *Documentación Administrativa*, 234, 1993, págs. 133-135); W. HOFFMANN-RIEM, «Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung», *Die öffentliche Verwaltung*, 11, 1997, pág. 433; A. VORKUHLE, «Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform», *Ver. Arch.*, 1, 2001, pág. 184.

<sup>2</sup> S. CASSESE, «Le Droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del Diritto amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2009, págs. 879, 881. Vid. también S. MUÑOZ MACHADO, *Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, Actas del VI Congreso de la AEPDA, INAP, Madrid, 2011, págs. 191-194; L. PAREJO ALFONSO, *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, INAP-Editorial Derecho Global, Madrid-Sevilla, 2012, pág. 24.

particular, claro está, el Derecho administrativo, dada, además, la enorme extensión que esta rama del Derecho ha alcanzado<sup>3</sup>, cuyo campo de aplicación, como veremos, ya no podrá quedar limitado, exclusivamente, a la actividad de las Administraciones públicas. La insuficiencia demostrada por la tradicional dogmática jurídico-administrativa para abordar muchos de los problemas actuales<sup>4</sup> ha puesto en evidencia la inaplazable necesidad de la reforma de lo que se ha venido en llamar la Parte General del Derecho administrativo para alcanzar, a través de una reflexión sobre los conceptos, principios e instituciones que deben constituir su contenido, una comprensión más adecuada de la realidad presente.

Es verdad que reflexiones sobre la innovación y la modernización del Derecho administrativo, y del Derecho público en general, han sido una constante de su historia dogmática desde el momento mismo de su nacimiento y consolidación como una rama autónoma del Derecho. Lo específico de nuestra época es, quizás, el que dichas reflexiones se están llevando a cabo con especial decisión e intensidad, dado, precisamente, el complejo y acelerado cambio que está experimentando la sociedad contemporánea, con un crecimiento exponencial de las necesidades públicas y, en muchos casos y al mismo tiempo, con una drástica reducción de los medios financieros públicos para hacerles frente<sup>5</sup>. «Nunca se ha producido en la joven historia del Derecho Administrativo —ha escrito un prestigioso autor español<sup>6</sup>— una situación como la que ahora vivimos los cultivadores de esta rama del Derecho».

El actual proceso de profunda renovación del Derecho público en los principales países europeos está suponiendo también la consolidación de una nueva y necesaria concepción de la comparación jurídica, alejada ya de toda erudición inútil y dirigida, mucho más eficazmente, a aprovechar las respuestas que los Ordenamientos jurídicos más cercanos han venido dando a problemas similares o comunes. En este sentido se ha señalado que, hoy en día, el Derecho se desarrolla y se aplica en Europa en comparación permanente con los Ordenamientos jurídicos más próximos, lo cual constituye el punto de partida imprescindible para llegar a una convergencia efectiva entre los diversos

---

<sup>3</sup> S. CASSESE, «Lo stato presente del Diritto amministrativo italiano», *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 2, 2010, págs. 390-391. Publicado también en esta REVISTA, 183, 2010, págs. 283 y ss.

<sup>4</sup> M. STOLLEIS, «Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo en la era industrial», *Documentación Administrativa*, 234, 1993, págs. 4-5.

<sup>5</sup> H. BAUER, «La discussione sulla riforma del diritto amministrativo nella dottrina tedesca», *Diritto Pubblico*, 1999, pág. 182

<sup>6</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, cit., pág.191.

Ordenamientos jurídico-públicos nacionales<sup>7</sup>; convergencia facilitada, por lo demás, por la existencia —en expresión de ESSER<sup>8</sup>— de un «aparato supranacional de conceptos».

Dos hechos principales y complementarios han venido impulsando en los principales países europeos la necesidad de una renovación de los respectivos Ordenamientos jurídico-públicos<sup>9</sup>. Por una parte, el importante proceso de europeización y de integración de los distintos Ordenamientos operado por la Unión Europea, que ha asumido la competencia sobre numerosas materias administrativas antes gestionadas por el Estado-nación; fenómeno de europeización que habría que insertar, además, en otro más amplio de globalización jurídica. Por otra parte, y en un plano más general, la instauración de unas nuevas relaciones entre la sociedad y el Estado ha trastocado los fundamentos mismos sobre los que se asentaba el Derecho público tradicional, con la consecuencia, ciertamente paradójica, de que mientras se ha pretendido disminuir las dimensiones del Estado, las del Derecho público se han visto, por el contrario, aumentadas de manera significativa<sup>10</sup>.

Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que en nuestros días la llamada sociedad civil aparece, al menos en parte, bajo la forma de mercado; un mercado que opera en un espacio global por encima de los límites territoriales de los Estados y cuyas actuaciones se encuentran, como es conocido, muy alejadas de toda preocupación por el interés general o por el bien común<sup>11</sup>. Sea como fuere, y con independencia de esta constatación, lo que parece un hecho innegable es el destacado aumento del protagonismo de los particulares en la gestión de los asuntos públicos; protagonismo que está haciendo necesario, a modo de compensación, un reforzamiento de la idea de interés general como idea legitimadora de la actividad estatal ante la dificultad, por no decir imposibilidad, de su gestión por la sociedad actual. Idea legitimadora de la actividad estatal que se intenta hacer valer a través de la conside-

<sup>7</sup> Vid. R. WAHL, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, M. Pons, Madrid, 2013, págs. 29-30; también, «Aux origines du droit public allemand contemporain», *Revue du Droit Public*, 3, 2007, pág. 818; S. CASSESE, «Tendenze e problemi del Diritto amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2004, pág. 906; «Le Droit tout puissant», *ivi*, cit., pág. 897; L. TORCHIA, «La scienza del Diritto amministrativo», *ivi*, pág. 1125; O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, págs. 62 y ss.

<sup>8</sup> *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, pág. 46.

<sup>9</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ARMANN, «Recenti sviluppi del Diritto amministrativo generale in Germania», *Diritto Pubblico*, 1, 1997, págs. 27-28.

<sup>10</sup> En este sentido, G. DELLIS, «Régulation et droit public "continental". Essai d'une approche synthétique», *Revue du Droit Public*, 4, 2010, pág. 977

<sup>11</sup> Vid. la excelente monografía de J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, M. Pons, Madrid, págs. 141-142.

ración del Estado como un «Estado garante», como un «Estado regulador» o, más recientemente, como un «Estado estratega»<sup>12</sup>. A ello me referiré más adelante.

Es en este marco, por consiguiente, donde ha de llevarse a cabo en la actualidad cualquier reflexión sobre la situación del Derecho público en general y del Derecho administrativo en particular. Para ello, el punto de partida necesario no puede ser otro que el dato de la intensa constitucionalización operada sobre el Derecho público moderno, aunque este solo dato, al que obligadamente ha de tenerse en cuenta, no sería, sin embargo, suficiente para describir la magnitud de los problemas actuales. En efecto, habría de delimitarse el alcance experimentado, hoy en día, por la aplicación del Derecho público, habrían de analizarse las consecuencias que, en el mismo, han producido los procesos de europeización y globalización y, sobre todo, habría que reflexionar detenidamente sobre las consecuencias que para su construcción dogmática ha producido el nuevo papel que se pretende asignar al Estado en su relación con la sociedad. Si todo ello hace necesaria una nueva ciencia jurídico-pública o, si se quiere, más concretamente, «una nueva ciencia del Derecho administrativo» es un tema que está siendo, en los últimos tiempos, objeto de un interesante debate. A continuación, como he anunciado, me referiré, de forma forzosamente breve, a algunas de estas cuestiones.

## II. SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL SIGNIFICADO DE LA VINCULACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA CONSTITUCIÓN; «LA SUBJETIVIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO». UNA REFERENCIA NECESARIA AL PAPEL DE LA LEY Y A SU CRISIS. NUEVOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LA RESERVA LEGAL Y LA PRIMACÍA DE LAS LEYES

Es muy conocida la afirmación de Fritz WERNER<sup>13</sup> de que el Derecho administrativo de la segunda posguerra se nos aparece como «Derecho constitucional concretizado», esto es, como un Derecho administrativo que constituiría un desarrollo pormenorizado de lo ya previsto previamente en el texto constitucional. Todo ello sería, por lo demás, coherente con la actual consideración del Estado como «Estado constitucional»<sup>14</sup>. Sin embargo, ha sido correctamente observado que la

<sup>12</sup> J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación*, cit., págs. 25-26

<sup>13</sup> «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 15, 1959, págs. 527 y ss.

<sup>14</sup> Vid. G. NAPOLITANO, «Sul futuro delle scienze del Diritto pubblico: variazioni su una lezione tedesca in terra americana», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2010, pág. 6, que recoge la fórmula de P. HÄBERLE.

aparición de nuevos problemas, no abordados de manera expresa en los textos constitucionales, ha hecho que estos hayan ido asumiendo, cada vez más, el papel de norma-marco dentro de la cual habría de moverse el resto del Ordenamiento jurídico, posibilitándose así el desarrollo de la libertad de configuración normativa del legislador para poner en marcha las más diversas políticas, tal como corresponde a todo sistema abierto basado en el pluralismo político<sup>15</sup>. He de añadir inmediatamente, sin embargo, que dicho papel ha de entenderse siempre, claro está, desde el valor normativo directo que caracteriza a las Constituciones de los principales países europeos, algunas de las cuales, entre ellas la española de 1978, contienen un amplio catálogo de derechos en el que se incluyen de modo particular los de naturaleza socioeconómica, llamados a encuadrar los programas legislativos y, por derivación, a constituir el contenido de una gran parte de la actividad de las Administraciones públicas.

Sería oportuno advertir ya desde ahora que, en el caso concreto del Derecho administrativo, habría de tenerse en cuenta, como ya he apuntado, el fenómeno del desarrollo de la globalización jurídica y el proceso de europeización, que van mucho más allá de su constitucionalización en el ámbito interno y de la libertad de configuración de los legisladores nacionales, de manera que al lado de un Derecho administrativo constitucionalizado tendría que poder hablarse también de un Derecho administrativo europeizado y globalizado<sup>16</sup>, con indudable incidencia en aquella libertad y que, según algún autor<sup>17</sup>, habría hecho entrar al Derecho público en «una segunda fase de su desarrollo». Sobre esta cuestión volveré más adelante.

En definitiva, lo que, en todo caso, resulta evidente es constatar el estrecho vínculo que une el Derecho administrativo al texto constitucional en forma de verdadera vinculación jurídica con las matizaciones sobre el sentido de dicha vinculación que acabo de exponer. Desde esta perspectiva, más que de un Derecho administrativo como «Derecho constitucional concretizado», sería más preciso referirse a un «Derecho administrativo vinculado a la Constitución». Vinculación que, sobre todo, se manifiesta a través de los derechos fundamentales

---

<sup>15</sup> R. WAHL, *Los últimos cincuenta años*, cit., págs. 53-54; «Aux origines», cit., pág. 832; E. SCHMIDT-ARMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Berlín-Heidelberg, 1998, págs. 11-12. Vid. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA-Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 15.<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, págs. 132-135.

<sup>16</sup> S. CASSESE, «Le Droit tout puissant», cit., pág. 885; J.-B. AUBY, «La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif», *L'Actualité Juridique-Droit administratif*, 2001, págs. 913-914.

<sup>17</sup> R. WAHL, «Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland», *Der Staat*, 38, 1999, págs. 495 y ss.

(incluidos, claro está, los de carácter socioeconómico) y de los principios constitucionales, los cuales, como ha sido ya observado, vinculan no solo a la Administración, sino, por supuesto, también al legislador que crea el Ordenamiento administrativo<sup>18</sup>. En lo referente al alcance de dicha vinculación, habrá también de tenerse en cuenta la importante contribución de las distintas jurisdicciones constitucionales a la definición y determinación del contenido de los derechos fundamentales y el hecho de su consideración por el Tratado de la Unión Europea (art. 6-3.º) como partes integrantes de su Ordenamiento como principios generales.

El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, su creativa interpretación por los Tribunales Constitucionales, así como, al mismo tiempo, una reelaboración jurisprudencial y doctrinal ampliativa del concepto mismo de derecho subjetivo en el campo del Derecho público, trajeron como consecuencia lo que se ha denominado como «subjetivización del Derecho administrativo», en donde la legalidad de la actuación de las Administraciones públicas fue puesta en íntima conexión con los derechos e intereses de los ciudadanos. Fue un rasgo común a los principales países europeos el sostenido esfuerzo jurisprudencial y doctrinal que posibilitó la extensión de la noción de derecho subjetivo a todas aquellas situaciones en las que los ciudadanos hubiesen sufrido un perjuicio por una inmisión ilegal de la Administración en su «círculo vital», esto es, en sus propios asuntos. Con ello se relativizó la diferencia entre las nociones de derecho subjetivo e interés legítimo que tanto había ocupado a la doctrina europea, llenándose así de significado la cláusula constitucional de una protección judicial sin lagunas contenida en los distintos textos constitucionales<sup>19</sup>.

Hablar de constitucionalización del Derecho público en general y del Derecho administrativo en particular exige también una referencia al papel de la ley como norma legitimadora de la actuación de las Administraciones públicas, en la medida en que esta, merced a dicha constitucionalización, ya no constituye la justificación última de dicha actuación, sino que, previamente, ha de venir siempre examinada desde la perspectiva de su compatibilidad con el texto constitucional. El principio de legalidad aparece, pues, complementado de manera necesaria por el principio de interpretación de la ley a la luz de la Constitución<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> R. WAHL, *Los últimos cincuenta años*, cit., pág. 62.

<sup>19</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA-Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 12.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, págs. 35 y ss. En general, vid., *in totum*, T. SCHMIDT, *Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2006.

<sup>20</sup> R. WAHL, *Los últimos cincuenta años*, cit., pág. 62; S. CASSESE, «Tendenze e problemi», cit., pág. 908.

El Derecho público de la segunda posguerra ha debido, en todo caso, enfrentarse con el fenómeno descrito convencionalmente, y quizás de manera algo excesiva, como la «crisis de la ley»; crisis que, de alguna forma, ha afectado a su centralidad y a su significado en el Ordenamiento jurídico<sup>21</sup>. Sería por ello necesario, en toda reflexión sobre la situación actual del Derecho público, abordar algunas cuestiones referentes a la evolución y significado que, en los últimos tiempos, ha venido adoptando el instrumento legislativo dentro del sistema jurídico. Es bien sabido que el tradicional carácter central de la ley como instrumento indispensable de protección de la libertad y del correcto funcionamiento del Estado se ha visto afectado o modificado, después de la segunda guerra mundial, por los dos factores ya apuntados que han incidido de forma decisiva sobre la posición que, hasta ese momento, detentaba en los Ordenamientos jurídicos europeos. El primer factor lo constituyó el reconocimiento de un valor supralegal o supremo a los textos constitucionales, que se convirtieron en canon de validez y criterio de interpretación y aplicación de las leyes. Las experiencias totalitarias del pasado siglo habían demostrado que la misma ley que, en tiempos de la Revolución Francesa, había nacido como garantía de la libertad y de los derechos individuales se podría convertir también, desligada de la justicia y rota su vinculación con la racionalidad, en un enemigo mortal de aquella, perdiendo así toda su legitimidad<sup>22</sup>. Precisamente frente a la posibilidad de esa ley amenazadora para la libertad (LEIBHOLZ), de esa ley organizadora de lo antijurídico (WIEACKER), causante de la perversión del Ordenamiento (VON HIPPEL)<sup>23</sup>, se alzó la construcción de una norma suprema, la norma constitucional, como norma directamente aplicable garantizadora de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de una estructura democrática del Estado basada en un orden de valores materiales de justicia. La tradicional preeminencia revolucionaria de la ley, su superioridad irresistible y absoluta, se vieron así disminuidas, abriéndose la posibilidad, impensable desde los presupuestos de la Revolución Francesa, de que pudiese ser enjuiciada y, en su caso, anulada por un Tribunal. Se produjo, en definitiva, lo que S. MUÑOZ MACHADO ha

<sup>21</sup> Vid. actualmente una descripción completa y rigurosa de la crisis de la ley en G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 21-22, 155-202 y 205 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. las interesantes reflexiones de G. ZAGREBELSKY, «La Ley, el Derecho y la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 72, 2004, págs. págs. 22 y ss. Vid. también G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa*, cit., págs. 162 y ss., con un análisis de las tesis schmittianas.

<sup>23</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en esta REVISTA, 1959, págs. 155-156; «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *ivi*, 38, 1962, págs. 195-196, con las referencias de los autores citados en el texto.



denominado actualmente la «constitucionalización de la legalidad», esto es, el paso de un «Estado legal» a un «Estado constitucional de Derecho», cuya máxima traducción normativa encontró acogida, entre otros textos constitucionales, en la regla del artículo 9-1.º de la Constitución española de 1978<sup>24</sup>. El segundo factor, al que ya he aludido y que ha afectado a la posición de centralidad de la ley o, si se prefiere, a su primacía en el sistema jurídico, ha sido, como es conocido, la directa incidencia en el mismo del Ordenamiento europeo, cuyas normas reciben aplicación en el ámbito estatal interno y a las que se les reconoce la misma fuerza que a las leyes o, incluso, que a la Constitución misma. A todo ello, además, habrían de añadirse las normas de carácter universal, derivadas del citado fenómeno de la globalización jurídica, que se integran, directa o indirectamente, en el Ordenamiento estatal interno, afectando así a la posición de la ley dentro del mismo<sup>25</sup>.

Ha de quedar bien claro, en todo caso, que estas consideraciones no ponen en entredicho el papel absolutamente insustituible de la ley como principal expresión del principio democrático, como tampoco suponen el que la utilización en su interpretación de los principios generales del Derecho (entendidos como principios institucionales) pueda producir el abandono de la positividad del mismo<sup>26</sup>. El papel de la ley continúa siendo absolutamente esencial para la configuración y garantía de las libertades ciudadanas, para la limitación del poder, para la seguridad y certeza del Derecho y, en general, para la ordenación política, social y económica de la sociedad.

La denominada «crisis» de la ley no ha afectado solo a la centralidad de su posición en el Ordenamiento jurídico en los términos expuestos, sino que ha incidido también sobre el contenido tradicional que, desde los tiempos de la Revolución, se consideraba propio de ella: su carácter de norma general. La opinión más extendida en los principales países europeos ha sido, en todo caso, la de que la generalidad de la ley ha dejado de ser una exigencia constitucional, sin perjuicio de que haya de encontrarse una justificación específica, sobre todo desde la óptica de la igualdad y la proporcionalidad<sup>27</sup>, para las leyes singulares,

---

<sup>24</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho público general*, I, 3.ª ed., Iustel, Madrid, 2011, págs. 408-410; también, voz «Principio de legalidad», en el *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo II, Iustel, Madrid, 2005, págs. 1940-1941. Vid. igualmente G. NAPOLITANO, *op. et loc. cit.*

<sup>25</sup> Sobre estas cuestiones, por todos, vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, I, cit., págs. 459 y ss.

<sup>26</sup> Recientemente, ha subrayado la relevancia central de los principios generales para el Derecho administrativo M. D'ALBERTI, «Diritto amministrativo e principi generali», en *Le nuove mete del diritto amministrativo* (a cura de M. D'ALBERTI), Il Mulino, Bologna, 2010, págs. 67 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. Guido CORSO, *L'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1999, pág. 26.

cuya existencia, por lo demás, vendría justificada, en la mayoría de los casos, por las necesidades derivadas de la efectiva realización de un Estado social y democrático de Derecho. En efecto, las necesarias intervenciones estatales para alcanzar unas finalidades concretas en determinadas situaciones económicas y sociales o para resolver un problema concreto y singular se han venido vehiculando, precisamente, a través de las llamadas por la doctrina alemana «leyes-medida» (*Maßnahmegesetze*, en la conocida expresión de E. FORSTHOFF<sup>28</sup>, inspirada en la distinción schmittiana entre ley y medida), caracterizadas por su contingencia y provisionalidad, cuya proliferación correspondería a lo que MORTATI, al estudiar las *leggi provvedimento*, describió ya a finales de los años sesenta del pasado siglo como *lo sprito dei tempi*<sup>29</sup>.

En todo caso, la extensión del contenido de las leyes a la regulación de casos singulares, su utilización como instrumento del intervencionismo estatal en los sectores económicos y sociales, si son, hoy en día, admisibles constitucionalmente y justificables a partir de las nuevas circunstancias actuales, lo cierto es que han alejado a la ley de su modelo clásico, inicial, basado en la generalidad y la abstracción, y la han acercado a lo que, en dicho modelo, sería, más bien, propio de la función ejecutiva de la Administración desde un entendimiento correcto del principio de la separación de los poderes estatales. El que dicho principio pueda verse afectado, a la par que el de la tutela judicial efectiva<sup>30</sup>, explica, precisamente, esa necesidad, a la que me acabo de referir, de justificación adicional, dentro de cierta flexibilidad, que se impondría al legislador a la hora de utilizar, de manera singular, el instrumento legislativo.

En definitiva, como acabo de apuntar y como lo ha recordado, entre nosotros, recientemente nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 129/2013, de 4 de junio, FJ 4), no parece que la generalidad de la ley sea una exigencia derivada de los textos constitucionales, sin perjuicio de que la misma pueda venir considerada como su contenido normal. Si el carácter general y abstracto de la ley es, en todo caso, más respetuoso con los principios de división de poderes y de tutela judicial efectiva, lo

---

<sup>28</sup> «Über Maßnahme-Gesetze», en *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, G. Olzog Verlag, München, 1955, págs. 221 y ss.

<sup>29</sup> C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968, pág. VI.

<sup>30</sup> Ante la insuficiencia de la vía de la cuestión de inconstitucionalidad para el control de las leyes singulares, J. M. DÍAZ LEMA ha propuesto recientemente la incorporación a nuestro Derecho de un amparo directo contra este tipo de leyes. «El fin del privilegio de la ley singular: contenido de la STC 129/2013, de 4 de junio», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 39, octubre 2013, págs. 69 y ss. Con anterioridad, M. FUERTES había subrayado el importante papel que puede jugar el Defensor del Pueblo a través de su legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad contra este tipo de leyes. «Once tesis y una premática para restablecer la unidad de la ley», en esta REVISTA, 177, 2008, págs. 143 y ss., en concreto pág. 149.

cierto es también que dicho carácter se ha tenido que apoyar, en muchas ocasiones, dada la complejidad de una realidad siempre cambiante, en la inclusión en el texto de las leyes de cláusulas generales o de conceptos indeterminados, cuya amplitud ha dejado un extenso margen de actuación y decisión a la Administración. No puedo analizar ahora los innegables progresos que, al enfrentarse con este tipo de conceptos, la doctrina y la jurisprudencia de los principales países europeos han proporcionado a la reducción de la discrecionalidad administrativa. Me limitaré a admitir el, sin duda, importante papel que para la consecución del interés público por parte de la Administración cumple, en muchos casos, la utilización por las leyes de cláusulas o conceptos generales o indeterminados con el fin de garantizar su necesaria flexibilidad y su capacidad innovadora. Pretendo, pues, simplemente, subrayar ahora la necesidad y la inevitable frecuencia del fenómeno en una sociedad como la de nuestros días, de rápida evolución social y económica, y el importante papel que en el desarrollo del Estado de Derecho puede cumplir<sup>31</sup>. En todo caso, la evolución o, si se prefiere, «la huida» hacia las cláusulas generales coloca al actual Derecho público ante la importante cuestión de las necesarias limitaciones a las que dicho fenómeno habría de someterse con vistas a evitar un inconstitucional desequilibrio entre la ley y la Administración.

También el Derecho público, y muy en especial el Derecho administrativo, han de convivir en el presente con los nuevos planteamientos sobre el alcance del principio de la reserva de ley. Tema de gran raigambre dogmática que, en la actualidad, ha alcanzado un importante grado de problematicidad. En este sentido, dado el diferente alcance de las reservas de ley en los distintos sistemas constitucionales y dada su dependencia de las concepciones dominantes sobre el Estado, se ha afirmado que dichas reservas constituyen el «eterno problema» del Derecho público<sup>32</sup>. En todo caso, la tendencia general ha ido en la línea de acentuar fuertemente el contenido democrático del principio de reserva de ley, proponiéndose, en este sentido, la expresión «reserva de Parlamento», como más adecuada<sup>33</sup> a la idea de que los contenidos más relevantes del Ordenamiento, de que las decisiones que afecten de manera esencial a la ordenación de la sociedad, es algo que debería ser patrimonio exclusivo de la institución parlamentaria. La dificult-

<sup>31</sup> Cfr. H. WISSMANN, *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2008. Vid. recientemente E. SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2013, págs. 40-42.

<sup>32</sup> En este sentido, F. OSSENBÜHL, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», en *Handbuch des Staatsrechts* (eds. ISENSEE-KIRCHHOF), Müller Verlag, Heidelberg, 1996, pág. 320.

<sup>33</sup> F. OSSENBÜHL, cit., págs. 332 y 335. Vid. también M. KLOEPFER, «Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel», *Juristenzeitung*, 15/16, 1984, pág. 694.

tad reside, sin embargo, en la determinación de lo esencial a efectos de su necesaria regulación por los Parlamentos. La principal objeción formulada a la denominada «doctrina de la esencialidad» (según la conocida expresión de Th. OPPERMANN<sup>34</sup>) ha consistido, precisamente, en que, en principio, dicha doctrina abriría la posibilidad de su aplicación a cualquier materia con independencia de lo que se hubiese previsto en el correspondiente texto constitucional y, además, permitiría un control jurisdiccional prácticamente sin límites. Lo cierto es que para hacer frente a la indeterminación de lo esencial sería necesario, en mi opinión, partir del correspondiente texto constitucional y derivar de las reservas allí contenidas un criterio sobre la esencialidad y, por consiguiente, sobre la necesidad de la intervención parlamentaria. En este sentido puede afirmarse que la reserva al legislador de todas las decisiones esenciales sería siempre una determinación constitucional<sup>35</sup>.

El principio de primacía de las leyes —principio esencial del Derecho público— ha tenido, por su parte, que confrontarse, fundamentalmente a partir del último tercio del siglo XX, con una doctrina que ha reivindicado y realzado la posición constitucional de la Administración, a la que sería obligado reconocer un fundamento democrático indiscutible y una especial aptitud para hacer frente a los problemas planteados por un contexto social y económico cada vez más complejo y variable. A ello se ha unido una interesante reflexión doctrinal, fundamentalmente de signo germánico<sup>36</sup>, sobre la denominada «autonomía» o «posición propia» (*Eigenständigkeit*) de la Administración y sobre los distintos niveles de «responsabilidad» (*Verwaltungsverantwortung*) que le incumben en la realización de los intereses públicos. Se trataría, a través de estas reflexiones doctrinales, dirigidas a superar la doctrina dominante sobre la discrecionalidad administrativa<sup>37</sup>, de llegar al reconocimiento a la Administración de un ámbito sustantivo propio de actuación que, de alguna forma, podría poner en cuestión el alcance del principio de primacía de las leyes para intervenir libremente en cualquier ámbito material. En el contexto de estas reflexiones, y en la citada época, se abrió en la doctrina europea un intere-

<sup>34</sup> *Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?*, Verhandlungen des 51. DJT, vol. 1, 1976, Gutachten C. S. C 49 Anm. 104.

<sup>35</sup> En este sentido, y para el caso español, vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, II, Iustel, Madrid, 2006, pág. 903, en general págs. 893 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. W. HOFFMANN-RIEM, «Eigenständigkeit der Verwaltung», en *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, I, Beck, München, 2006, págs. 623 y ss.; E. SCHMIDT-ARMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., págs. 154 y ss. y 174 y ss.; R. STETTNER, «Der Verwaltungsvorbehalt», *Die öffentliche Verwaltung*, 15, 1984, pág. 614.

<sup>37</sup> HOFFMANN-RIEM, cit., págs. 625 y 630.

sante debate sobre la eventual existencia de una verdadera reserva constitucional a la Administración de determinados ámbitos de actuación («reserva de Administración», *Verwaltungsvorbehalt*), que traería como práctica consecuencia un paralelo debilitamiento o, incluso, la desaparición en dichos ámbitos de la primacía de las leyes.

Sin poder entrar ahora en mayores precisiones, he de decir que el intento de construir dogmáticamente, con base constitucional, una «reserva de Administración» frente a la ley no ha tenido ningún éxito en la doctrina que con más rigor se ha planteado este tema<sup>38</sup>. Todo lo más se ha llegado a reconocer por algún autor la existencia de una serie de concretas o especiales reservas de Administración que, por lo demás, no impedirían la intervención del legislador y que, por ello, en mi opinión, tampoco requerirían, para su explicación, la construcción de un nuevo concepto como el de «reserva de Administración», que sería más perturbador que útil.

Si no parece discutible que la actual posición constitucional de la Administración, su legitimación democrática derivada de la dirección gubernamental, han tenido que influir en sus posibilidades de actuación para la realización de los intereses generales, también es verdad que la significación central de la ley se ve plenamente garantizada por el juego de los principios de primacía y reserva, los cuales no afectan en modo alguno a dicha posición constitucional y permiten, sin necesidad de construir un tipo especial de «reserva», un amplio margen de libre actuación administrativa.

Todas las consideraciones hasta aquí expuestas, y otras muchas que podrían añadirse, ponen de manifiesto los grandes debates que siguen todavía abiertos en el seno del Derecho público, y especialmente en el Derecho administrativo. El alcance y significado de la constitucionalización del Derecho administrativo, la incidencia en su sistemática y contenido de los procesos de europeización y globalización jurídicas, la influencia de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales en su desarrollo, el grado de subjetivización alcanzado por el Ordenamiento jurídico-administrativo, los nuevos planteamientos sobre el papel de la ley para la actuación administrativa, son cuestiones hoy todavía abiertas que hay que abordar, además, en un entorno social y económico en permanente cambio, sometido actualmente a una profunda y duradera crisis. Todo ello está justificando, como veremos, un *ritorno d'attenzione* (L. TORCHIA<sup>39</sup>) a la llamada Parte Gene-

---

<sup>38</sup> Recientemente, nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado, por su parte, que «la Constitución no contiene, en su artículo 97, una reserva de administración» (Sentencia 129/2013, de 4 de junio, FJ 4).

<sup>39</sup> *La scienza del Diritto amministrativo*, cit., pág. 1124.

ral del Derecho administrativo, donde han de estudiarse, a partir del marco constitucional, las nuevas técnicas jurídicas que expliquen las nuevas realidades sociales. En esto ha de consistir, precisamente, esa función ordenadora del Derecho administrativo general a la que viene refiriéndose la doctrina, que permite transformar los contenidos constitucionales en praxis de actuación administrativa<sup>40</sup>.

Cualquier reflexión sobre las cuestiones apuntadas, y en general cualquier análisis de la situación actual del Derecho público, exigiría, previamente, alguna consideración sobre el debatido problema de su extensión o, si se prefiere, de su campo de aplicación, en cuanto indicio seguro de las transformaciones que se están operando en su seno. A ello, y de forma muy breve, me referiré a continuación.

### III. SOBRE LA EXTENSIÓN Y UNIDAD DEL DERECHO PÚBLICO: SU EXPLICACIÓN A PARTIR DE LA IDEA DE INTERÉS GENERAL. SUS CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ha venido siendo una consolidada posición doctrinal la de considerar al Derecho público general como un Derecho integrador del Derecho constitucional y del Derecho administrativo, los cuales serían absolutamente indisociables en el sentido de la famosa frase de Fritz WERNER que antes citaba<sup>41</sup>. La aludida circunstancia de la constitucionalización del Derecho administrativo posibilitaría, precisamente, que se pudiese hablar de una unidad interna del Derecho público, presidida por unos mismos principios metodológicos y construida a partir de una misma dogmática. De este modo, el Derecho público estaría en camino de solucionar el problema, al que recientemente se ha referido D. GRIMM<sup>42</sup>, de la búsqueda de su identidad como tal.

Sucede, sin embargo, que, en tiempos recientes, ha empezado a cuestionarse la posibilidad de una dogmática jurídico-pública unitaria que abarcase todos los variados sectores de la actuación de las Administraciones públicas, postulándose para cada uno de ellos, por el contrario, la construcción de «dogmáticas específicas»<sup>43</sup>. Se ha considerado, en este sentido, que la gran extensión del campo de estudio del

<sup>40</sup> Vid. E. SCHMIDT-ARMANN, «Zur Funktion des allgemeinen Verwaltungsrechts», *Die Verwaltung*, 1, 1994, pág. 140; R. WAHL, *Los últimos cincuenta años*, cit., págs. 64-66; «Aux origines», cit., pág. 840.

<sup>41</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA-Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 49; R. WAHL, *Los últimos cincuenta años*, cit., págs. 54-55.

<sup>42</sup> *Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

<sup>43</sup> M. STOLLEIS, «Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo en la era industrial», cit., pág. 13.

Derecho administrativo, su evolución actual, su propio contenido, impedirían un tratamiento conjunto con el Derecho constitucional desde la perspectiva unitaria de un Derecho público general<sup>44</sup>, con el que solo formaría una «unidad ficticia» desde el punto de vista científico<sup>45</sup>. Sin embargo, la evidente constitucionalización del Derecho administrativo, la influencia que sobre sus instituciones opera la regulación básica del poder y de la libertad que se contiene en los textos constitucionales, privarían de base, en gran parte, a la afirmación anterior. Es por ello por lo que tanto el Derecho constitucional como el administrativo resultarían indisociables como capítulos de un mismo Derecho del Estado<sup>46</sup>.

En todo caso, creo que la gran cuestión a dilucidar sería la de determinar si la unidad del Derecho público podría fundamentarse en un claro criterio metodológico que posibilite su explicación en cuanto tal. En este sentido, la acepción de «público» del Ordenamiento solo podría significar, en el sentido, por cierto, de la propia tradición romana, su necesaria vinculación con los intereses generales, con su protección y garantía. Unos intereses generales que, de otro lado, no podrían venir considerados como una simple suma de intereses particulares, muchas veces, por lo demás, contradictorios entre sí, ni tampoco, como ha sido oportunamente observado<sup>47</sup>, como intereses *in natura*, respecto de los cuales el Ordenamiento llevaría a cabo una simple operación de «reconocimiento», sino, por el contrario, como el fruto de opciones concretamente adoptadas por la representación de la comunidad que en cada momento histórico debe determinar los «intereses de satisfacción necesaria» (G. ROSSI<sup>48</sup>). La definición del interés general es, en suma, la gran misión o responsabilidad de un Estado que no se ha «privatizado» y que debe hacerlo efectivo mediante el establecimiento de los objetivos que, para ello, han de alcanzarse<sup>49</sup>.

El concepto de interés general aparece, pues, más que cualquier otro, como el concepto central explicativo de la unidad y de la extensión

<sup>44</sup> S. CASSESE, «Lo stato presente del Diritto amministrativo italiano», cit., págs. 396-397.

<sup>45</sup> S. CASSESE, «Le Droit tout puissant», cit., pág. 882; G. NAPOLITANO, «Sul futuro delle scienze del Diritto pubblico», cit., págs. 2-3.

<sup>46</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA-Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 49. Es muy significativo, por lo demás, que el excelente *Tratado* de S. MUÑOZ MACHADO, cit., se refiera conjuntamente al Derecho administrativo y al Derecho público general.

<sup>47</sup> L. TORCHIA, *La scienza del Diritto amministrativo*, cit., págs. 1112-1113.

<sup>48</sup> G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, págs. XI, 1 y ss., especialmente págs. 16-17; también, *Principi di Diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pág. 13; «Diritto pubblico e Diritto privato nell'attività della pubblica Amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi», *Diritto Pubblico*, 3, 1998, págs. 661 y ss., en concreto págs. 690 y ss.

<sup>49</sup> J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación*, cit., págs. 171-175.

del Derecho público, y muy en particular del Derecho administrativo, que encuentra, además, en muchos países, una expresa base constitucional. Se comprende así la situación actual de la aplicación, en muchos casos, del Ordenamiento jurídico-público a toda una serie de relaciones entre sujetos privados en las que no se da la presencia de una Administración pública, pero en las que están presentes indudables intereses generales. En este sentido, el actual proceso de *désétatisation de la société*, de *Entstaatlichung*, de disminución del protagonismo interventor del Estado, no debería suponer la paralela restricción del ámbito de aplicación del Derecho público, como tampoco la desaparición de toda posibilidad de intervención de aquel en la regulación de las relaciones sociales y económicas. Un Derecho público necesariamente vinculado a la idea de interés general exige siempre su aplicación allí donde dicho interés pueda verse, de cualquier forma, afectado<sup>50</sup>. Desde esta perspectiva, se comprende muy bien que el Derecho administrativo, desligado en muchos casos de la necesaria presencia de una Administración pública, haya sido considerado como el verdadero y propio Derecho de la sociedad, o, más concretamente, como el «Derecho de la sociedad organizada»<sup>51</sup>.

Esta extensión, más allá de la estricta relación jurídico-administrativa, de los principios y normas del Derecho público a partir de la idea de interés general explica, precisamente, la naturaleza de Estado «garantizador» que, como enseguida veremos, se le viene adjudicando al Estado de nuestros días como justificación fundamental de su actividad vinculada a dicha idea<sup>52</sup>.

No se me escapa que con estas afirmaciones tan generales sobre la extensión de la aplicación del Derecho público puedan verse solucionados todos los problemas que dicha aplicación indudablemente plantea. Entre otras razones, porque es posible que, en algunos casos, sea dudoso que la extensión del Derecho público a determinadas relaciones entre particulares resulte la opción más adecuada. Sigue, por consiguiente, abierta la cuestión de si la aplicación del Derecho público necesitaría algún criterio adicional justificativo en relación con la aplicación del Derecho privado. No es este el momento, naturalmente, de analizar con detenimiento tal cuestión, cuya importancia se ha visto, por lo demás, relativizada por la incidencia del Derecho europeo. Lo que, en mi opinión, puede quedar aquí subrayado es la indudable idoneidad

<sup>50</sup> J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación*, cit., págs. 28, 185-188; J.-B. AUBY, «La bataille de San Romano», cit., pág. 914; O. MIR PUIGPELAT, *Globalización*, cit., págs. 97 y ss.

<sup>51</sup> S. CASSESE, «Lo stato presente», cit., pág. 391; «Le Droit tout puissant», cit., pág. 880.

<sup>52</sup> G. CORSO ha advertido, en este sentido, que intereses generales o intereses públicos son aquellos que solo pueden verse satisfechos a través de la intervención pública. *Manuale de Diritto amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2006, pág. 154.



del Derecho público para la regulación de todo tipo de situaciones de poder que, por supuesto, pueden darse también en las relaciones jurídico-privadas y que pueden afectar de manera negativa a los intereses públicos cuando los sujetos privados ejerzan funciones estrictamente administrativas o lleven a cabo actividades consideradas de interés general<sup>53</sup>. Por lo demás, y en lo referente en concreto al régimen jurídico de las Administraciones públicas, se ha observado que dicho régimen constituye un *intreccio* de reglas tanto públicas como privadas, que han hecho del Derecho administrativo un Derecho «mestizo», «híbrido», una disciplina «mixta»<sup>54</sup>, fruto de la actual situación de permanente interacción y de colaboración entre aquel y el Derecho privado<sup>55</sup>. Situación, por lo demás, ya intuida en el pasado por una parte de la doctrina administrativista a través de la afirmación del carácter relativo de la diferenciación entre Derecho público y Derecho privado<sup>56</sup> y a través de la formulación de propuestas como la de un «Derecho privado administrativo» (*Verwaltungsprivatrecht*)<sup>57</sup> o, más ampliamente, la de un «Derecho de las Administraciones públicas» (*Diritto delle amministrazioni pubbliche*)<sup>58</sup> o, incluso, la de un Derecho único de la Administración pública, compuesto

<sup>53</sup> Vid. J. ESTEVE PARDO, «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», en esta REVISTA, 189, 2012, págs. 11 y ss., en especial págs. 20 y ss.

<sup>54</sup> G. PIPERATA, «La scienza del Diritto amministrativo e il Diritto privato», en *La Scienza del Diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pág. 200; G. ROSSI, *Diritto pubblico*, cit., pág. 692; S. CASSESE, «Le Droit», cit., pág. 886; L. TORCHIA, *La scienza*, cit., pág. 1122; G. NAPOLITANO, «Sul futuro», cit., pág. 17

<sup>55</sup> G. ROSSI, «Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza», *Diritto Pubblico*, 1997, pág. 289. G. CORSO, «Poteri pubblici e regole privatistiche: una traccia per la discussione», *Studium Iuris*, 3/2008, pág. 387, ha advertido muy oportunamente que *il problema, allora, non è semplicemente quello della linea di demarcazione tra pubblico e privato, ma è quello della interferenza, della sovrapposizione, delle commistioni, della coesistenza di norme di diritto pubblico e di diritto privato all'interno dello stesso comparto*. Vid. también M. P. CHITI, «Monismo o dualismo in Diritto Amministrativo: vero o falso dilemma?», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2000, págs. 304-305, 307-308, 310-312; J. BARNÉS, «Algunas respuestas del Derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho privado, procedimientos de tercera generación», en *Innovación y Reforma en el Derecho administrativo*, 2.ª ed., Editorial Derecho Global-INAP, Madrid-Sevilla, 2012, págs. 312 y ss. Recientemente, W. LEISNER ha defendido el sometimiento de los poderes públicos al Derecho privado. «*Privatisierung*» des *Öffentlichen Rechts*, Duncker-Humblot, Berlín, 2007, en especial págs. 126-129, 132 y ss., 161-167.

<sup>56</sup> M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 1968, págs. 77 y ss.; existe una excelente traducción al español de A. ESTEBAN DRAKE, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976. Actualmente, sin embargo, criticando la excesiva relativización de la distinción, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, 2009, págs. 13 y ss.

<sup>57</sup> H. J. WOLFF-O. BACHOF-R. STOBER, *Verwaltungsrecht*, I, 11.ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, pág. 308. Específicamente sobre esta temática, vid. U. STELKENS, *Verwaltungsprivatrecht. Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*, Duncker-Humblot, Berlín, 2005. En la doctrina española, S. GONZÁLEZ-VARAS, *El Derecho administrativo privado*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1996, en su segunda parte.

<sup>58</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 4.ª ed., Il Mulino, Bologna, 2007, págs. 26-28.

por reglas de Derecho público y reglas de Derecho privado<sup>59</sup>. En todo caso, la existencia de claros límites constitucionales y legales a la actuación de las Administraciones públicas, sea cual sea el Derecho que utilicen, o, si se prefiere, ese carácter híbrido del Derecho administrativo, ha relativizado en gran medida el dramatismo del peligro de una «huida» de las reglas de Derecho público por parte de aquellas.

#### IV. SOBRE LA GLOBALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO. EL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: SUS CONSECUENCIAS; LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

Advertía al inicio de estas reflexiones que cualquier análisis de la situación actual del Derecho público habría de tener necesariamente en cuenta la indiscutible y directa incidencia que en el mismo ha producido el fenómeno de la denominada globalización jurídica derivada de la globalización económica; fenómeno, por lo demás, al que una parte importante de la doctrina europea viene, en los últimos años, dedicándole una especial atención<sup>60</sup>. Es un hecho constatable que la importante actividad reguladora de organizaciones de carácter global, particularmente en el campo financiero, está incidiendo de forma directa, a través de normas de distinta naturaleza, en los Ordenamientos

<sup>59</sup> Vid. el interesante trabajo de M. REBOLLO PUIG, «El Derecho administrativo como Derecho único de la Administración», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2, Iustel, 2003, págs. 1 y ss., en especial págs. 15 y ss. Vid., en esta línea, el desarrollo de la idea de un «Derecho común de carácter diferenciado» en la obra de M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., págs. 81, 106 y ss. y 112 y ss. La idea de un «Derecho unitario o común» está también en M. S. GIANNINI, «Diritto amministrativo», *Enciclopedia del Diritto*, XII, 1964, pág. 867.

<sup>60</sup> Sobre la temática de la globalización, entre otros muchos, vid. O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho*, cit., págs. 43 y ss., 58 y ss.; J.-C. ALLI ARANGUREN, *Derecho administrativo y globalización*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 362 y ss.; J. RODRÍGUEZ-ARANA, «El Derecho administrativo global: un derecho principal», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 76, 2010, págs. 15 y ss.; M. BALLBÉ, «El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», en esta REVISTA, 174, 2007, págs. 215 ss.; J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación», *ivi*, 164, 2004, págs. 7 y ss.; J. L. MELÁN GIL, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011; E. GUILLLOT, «Globalización jurídica y Derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea», en esta REVISTA, 187, 2012, págs. 305 y ss.; AA.VV., *Constitución y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, Fundación M. Giménez Abad, Zaragoza, 2013; S. CASSESE, «Il Diritto amministrativo globale: una introduzione», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 2005, págs. 337 y ss., 349-354; *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Il Mulino, Bologna, 2009; G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata*, ponencia presentada al IX Congreso de la AEPDA, Santiago de Compostela, 2014; J. B. AUBY, *La globalización, el Derecho y el Estado*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012; G. NOLTE-R. POSCHER, «Das Verfassungsrecht vor den Herausforderung der Globalisierung», *VVDStRL*, 67, De Gruyter, Berlín, 2008, págs. 129 y ss. y 160 y ss.

jurídico-públicos nacionales, produciendo entre ellos, merced a una «estatalidad abierta», un innegable proceso de convergencia y, por supuesto, de colaboración ante problemas que exceden de los límites territoriales del Estado-nación. No ha de olvidarse, sin embargo, que la falta de una verdadera estructura constitucional en el espacio jurídico global constituye una grave carencia desde el punto de vista democrático, a la que debe hacerse frente mediante un reforzamiento de los derechos fundamentales en el seno del mismo y mediante la previsión de una mayor participación y transparencia en la regulación de los procedimientos en dicho nivel. En todo caso, lo cierto es que, como ha sido oportunamente observado<sup>61</sup>, la incidencia de la globalización ha provocado la disgregación del Derecho administrativo en dos partes: la primera contendría las reglas tradicionales de la relación de los ciudadanos con las Administraciones públicas, y la segunda se referiría a la relación de dichas Administraciones públicas con las distintas organizaciones que componen el entramado de la globalización.

El proceso de europeización del Derecho administrativo —bautizado por un moderno autor alemán, según ya he indicado, como «la segunda fase del Derecho público»<sup>62</sup>— ha sido más intenso que el de la globalización; de aquí que, lógicamente, la doctrina venga distinguiendo entre ambos procesos, a los que en algún caso se añade, como tercera variante clasificatoria, el de la internacionalización<sup>63</sup>.

Es un hecho evidente que numerosas materias jurídico-administrativas han sido asumidas, en mayor o menor medida, por la Unión Europea<sup>64</sup>, lo que ha dado lugar a una profunda europeización del Derecho administrativo a partir de la formación de un cuerpo de principios generales comunes<sup>65</sup>; europeización que se ha traducido en una clara convergencia jurídica entre los distintos Ordenamientos nacionales y en una intensa transformación de las estructuras organizativas y de la actividad administrativa de los Estados-nación miembros de la Unión. En muchos casos, y como consecuencia de la transferencia masiva de competencias a la instancia europea, el legislador estatal y su Administra-

<sup>61</sup> J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Globalización económica», cit., pág. 36.

<sup>62</sup> R. WAHL, «Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts», cit., págs. 495 y ss.

<sup>63</sup> Así, por ejemplo, E. SCHMIDT-ARMANN, «La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas», en esta REVISTA, 171, 2006, pág. 10; W. KAHL, «Über einige Pfade und Tendenzen in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft. Ein Zwischenbericht», *Die Verwaltung*, 4, 2009, págs. 466 y ss.

<sup>64</sup> Vid., por ejemplo, las enumeradas por O. MIR PUIGPELAT, *Globalización*, cit., págs. 51-52. En este sentido, ha afirmado M. P. CHITI, «Monismo o dualismo in Diritto Amministrativo: vero o falso dilemma?», cit., pág. 315, que «el Derecho comunitario es principalmente Derecho administrativo».

<sup>65</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Hacia un nuevo*, cit., pág. 197; O. MIR PUIGPELAT, *Globalización*, cit., pág. 66.

ción se han visto colocados en una mera posición ejecutora de decisiones adoptadas por los órganos comunitarios, al mismo tiempo que se ha visto afectado el ámbito material de las reservas de ley en los distintos Ordenamientos estatales y, en general, se ha condicionado directamente la libertad de configuración del legislador nacional<sup>66</sup>. Se ha dicho, en este sentido, que el Derecho comunitario europeo ha disputado a la ley parlamentaria una parte de las posibilidades de dirección de las que había gozado hasta ahora<sup>67</sup>.

En definitiva, los Derechos administrativos nacionales solo se hacen comprensibles en la actualidad a partir de la perspectiva que proporciona el Derecho de la Unión Europea, en donde los Estados nacionales aparecen ya, exclusivamente, como Estados *miembros*, integrados en cuanto tales en una estructura de carácter vertical<sup>68</sup> basada en la primacía aplicativa de aquel. El concepto de recepción jurídica, que sirvió para explicar los inicios del proceso de europeización, está rápidamente evolucionando, a través del desarrollo de un Derecho administrativo europeo, hacia un concepto de verdadera integración jurídica<sup>69</sup>, lo cual permite comprender, por lo demás, el que dicha integración se haya visto sometida por algunas jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros a una serie de condicionamientos<sup>70</sup>.

Manifestación de este proceso de integración jurídica en el campo de la ejecución del Derecho europeo es el desarrollo de lo que la moderna doctrina alemana viene denominando como «un entramado o una unión administrativa europea» (*europäischer Verwaltungsverbund*), cuya estructura no ha sido hasta el momento claramente definida ni sistematizada, pero que apunta a formas de entrecruzamiento, a conexiones procedimentales y organizativas, entre la Administración de la Unión Europea y las Administraciones de los Estados miembros que han de ser explicadas a partir de la construcción de un específico Derecho administrativo europeo<sup>71</sup>. La consideración de la Unión Europea,

<sup>66</sup> L. PAREJO ALFONSO, *Transformación y reforma? del Derecho administrativo en España*, cit., págs. 126-135.

<sup>67</sup> E. SCHMIDT-ARMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., pág. 32.

<sup>68</sup> R. WAHL, «Die zweite Phase», cit., pág. 502.

<sup>69</sup> E. SCHMIDT-ARMANN, *Das allgemeine*, cit., pág. 37.

<sup>70</sup> Vid. Th. SIEGEL, *Europäisierung des Öffentlichen Rechts*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2012, págs. 33 y ss.

<sup>71</sup> Vid. E. SCHMIDT-ARMANN, «Verfassungsprinzipien für den europäischen Verwaltungsverbund», en *Grundlagen*, I, cit., págs. 241 y ss.; J. P. SCHNEIDER, «Estructuras de la unión administrativa europea. Observaciones introductorias», y M. RUFFERT, «De la europeización del Derecho administrativo a la unión administrativa europea», ambos en *La Unión administrativa europea* (coords. F. VELASCO y J. P. SCHNEIDER), M. Pons, Madrid, 2008, págs. 25 y ss. y 87 y ss. G. CORSO, «Funzione amministrativa e Costituzione europea», en A. CELOTTO, *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Giappichelli, 2004, págs. 72-73, ha advertido, por su parte, que la preferencia del Derecho europeo por el mercado ha llevado a una reducción de la actividad administrativa en cada uno de los Estados miembros de la UE.

desde el punto de vista de su naturaleza, también como una «Comunidad administrativa» o, si se quiere, como una «Comunidad de Derecho Administrativo» así lo exigiría<sup>72</sup>.

V. SOBRE LA RECOMPOSICIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LA SOCIEDAD Y EL ESTADO Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO. EL NUEVO PAPEL DEL ESTADO Y LAS FORMAS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA; UNA REFERENCIA A LA LLAMADA ACTIVIDAD PÚBLICA DE REGULACIÓN. LAS NOCIONES DE ESTADO REGULADOR Y DE ESTADO GARANTE; SUS CONSECUENCIAS PARA LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Una fundamental incidencia transformadora del Derecho público de nuestros días proviene, como ya he adelantado, de las nuevas relaciones que se han instaurado entre la sociedad y el Estado y del nuevo papel que, en consecuencia, ha tenido que asumir este último. No es posible hacer aquí un análisis de la evolución histórica de dichas relaciones<sup>73</sup>, lo que excedería el marco fijado para estas reflexiones; me limitaré, simplemente, a constatar un hecho capital para el Derecho público, y en particular para el Derecho administrativo, como es la profunda recomposición que en nuestros días se ha producido en las relaciones sociedad-Estado, ya muy lejanas de un esquema de separación, propio de un Derecho público basado en la protección del individuo frente a la intervención estatal. Nueva recomposición que ha llegado a afectar también al esquema de integración que había supuesto el actual Estado social y que, en los últimos años, se ha venido traduciendo en un significativo fortalecimiento de la sociedad (ahora identificada, esencialmente, con el mercado) frente al Estado, el cual, a través de ingentes procesos de liberalización y privatización, se ha visto en gran parte privado, por la transferencia a aquella de funciones que hasta ahora le eran propias, de medios y técnicas de intervención directa y ha debido concentrarse, mediante la utilización de sus poderes de regulación y vigilancia, en la garantía de la realización de los intereses generales allí donde estos pudiesen verse afectados en el desarrollo de

<sup>72</sup> En este sentido, J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, I, Office des Publications officielles des Communautés européennes-Bruylant, Bruselas, 1994, pág. 8. También, E. SCHMIDT-ARMANN, «Verfassungsprinzipien», cit., pág. 251; M. P. CHITI, *Derecho administrativo europeo*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 103.

<sup>73</sup> Sobre la evolución de las relaciones Estado y sociedad, J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación*, cit., págs. 33 y ss., 49 y ss.; E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», en *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1976, págs. 185 y ss.

dichos procesos. En este sentido ha sido acertadamente señalado<sup>74</sup> que, en la actualidad, uno de los grandes problemas es el mantenimiento de los medios e instrumentos estatales que permitan la efectiva realización del interés general mediante fórmulas de sostenibilidad del Estado social de carácter estructural que dejen a salvo los derechos de los ciudadanos en el campo socioeconómico y, en general, justifiquen, como ya he apuntado, la aplicación misma del Derecho público. Ello ha obligado al moderno Derecho administrativo a poner, sobre todo, el acento en los fines de la actividad de las Administraciones públicas; fines ya previstos en muchos textos constitucionales (como el español) y cuyo cumplimiento, bajo la dirección de la ley, es condición necesaria para la legitimación misma de toda la actividad administrativa.

En todo caso, el nuevo papel del Estado ha puesto en cuestión, por insuficientes, las clasificaciones tradicionales de la actividad administrativa (limitación-prestación o, si se prefiere, la tradicional clasificación española de policía-servicio público-fomento, a la que posteriormente se añadió la actividad industrial, la actividad planificadora y la actividad arbitral), que han debido ser complementadas, en lo que en concreto a la actividad de policía o de limitación se refiere, por la moderna actividad de prevención y gestión de riesgos<sup>75</sup>, con su exigencia de un conocimiento experto del que carecen normalmente las Administraciones públicas ordinarias, dando lugar, por ello, a la aparición de las llamadas Administraciones independientes especializadas<sup>76</sup> y, en general, a un significativo aumento del protagonismo administrativo sobre el parlamentario. De otro lado, no debe olvidarse que los actuales fenómenos de autorregulación y autoinspección han incidido también sobre el alcance de las tradicionales actividades administrativas de inspección y control. Todos estos cambios habría que añadirlos, claro está, a la crisis de la actividad prestadora y gestora del Estado a la que antes me refería. Estamos, pues, ante un nuevo cuadro de la actividad pública que está requiriendo una profunda reflexión teórica que, según una parte importante de la doctrina, debería conducir a un nuevo Derecho público, y más concretamente a un nuevo Derecho administrativo.

En esta línea de reflexión, se ha creído ver en la llamada actividad pública de regulación (a la que se suele añadir la de garantía) el concepto

<sup>74</sup> J. ESTEVE PARDO, *La nueva*, cit., págs. 145 y ss.; «La evolución del garantismo: de las garantías personales a la garantía del Estado», *Revista Catalana de Dret Públic*, 46, 2013, págs. 1 y ss.

<sup>75</sup> J. ESTEVE PARDO, «De la policía administrativa a la gestión de riesgos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 119, 2003, págs. 323 y ss., especialmente págs. 329 y ss.; «El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público», *Revista General de Derecho Administrativo*, 20, 2009, págs. 9 y ss.; R. WAHL, *Los últimos cincuenta años*, cit., págs. 113 y ss.

<sup>76</sup> Vid., por todos, J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación*, cit., págs. 88 y ss.

global explicativo y ordenador de las principales manifestaciones de la actividad de las Administraciones públicas dirigidas a la satisfacción de los intereses generales o, incluso, se la ha identificado con el contenido mismo del Derecho administrativo convertido en un «Derecho administrativo de la regulación»<sup>77</sup>. No trataré ahora, por razones obvias de la necesaria limitación de estas reflexiones, de terciar en el debate sobre el exacto alcance del concepto de «regulación» y su capacidad para dar una explicación global de todo el Derecho administrativo, pues ello depende, en gran medida, del significado, amplio o estricto, que se adjudique a dicho concepto. Lo cierto es, sin embargo, que, por el momento, no se ha llegado a un significado jurídico preciso plenamente aceptado del mismo<sup>78</sup>. En todo caso, convendría no olvidar que la historia dogmática de la ciencia jurídico-administrativa ha sido siempre la historia de la constante búsqueda de un único concepto general explicativo sobre el que esta se pudiese sustentar (potestad administrativa, servicio público, acto administrativo, relación jurídico-administrativa<sup>79</sup>, fines de la Administración<sup>80</sup>, etc.) y la diferenciase de ámbitos jurídicos vecinos. La experiencia, sin embargo, enseña, en mi opinión, que, dada la historididad, por no decir la provisionalidad, de los conceptos globales explicativos, son los enfoques teóricos plurales o complementarios los más adecuados para dar una explicación más ajustada de la actuación de las Administraciones públicas. Es, precisamente, desde este punto de vista desde el que creo que ha de entenderse la actividad o función de regulación, cuyo significado literal no puede extenderse, sin forzarlo, a la explicación de todas las posibles manifestaciones del actuar administrativo, como sería el ejercicio de potestades puramente ejecutivas o el de competencias de resolución de conflictos, ni entender que ha desplazado totalmente a las clasificaciones tradicionales, que, aunque incompletas, siguen teniendo una indudable capacidad clarificadora y orientadora<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Hacia un nuevo Derecho administrativo*, cit., págs. 204, 206, 209 y 212. También, «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en *Derecho de la Regulación* (dirs. S. MUÑOZ MACHADO-J. ESTEVE), Iustel-Fundación Instituto Universitario J. Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 15 y ss., especialmente págs. 16-22. Más extensamente, vid. su excelente análisis en *Tratado*, IV, cit., págs. 487 y ss., 532. También, W. KAHL, *Tendenzen*, cit., pág. 483.

<sup>78</sup> L. PAREJO ALFONSO, *Transformación*, cit., págs. 307 y ss.

<sup>79</sup> Sobre la capacidad explicativa general del concepto de relación jurídico-administrativa, vid. H. BAUER, «Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?», cit., págs. 301 y ss., especialmente 315 y ss. Vid. también W. HENKE, «Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts», *Juristenzeitung*, 11, 1992, págs. 541 y ss., especialmente págs. 542-543. Crítico, H. MAURER, *Derecho Administrativo. Parte General*, M. Pons, Madrid, 2011, págs. 206-207.

<sup>80</sup> Sobre la relevancia de los fines, vid. ya P. BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1966, págs. 3 y ss.

<sup>81</sup> Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Transformación*, cit., pág. 304.

La llamada actividad administrativa de regulación ha de venir entendida, a mi juicio, desde la nueva recomposición de las relaciones entre el Estado y la sociedad y desde la incidencia del Derecho comunitario europeo, a las que me acabo de referir. Desde este punto de vista, sería más exacto hablar de una específica actividad de regulación pública de la economía vinculada al fenómeno de las privatizaciones<sup>82</sup> y referida a los servicios de interés general, en particular a los servicios en red, entre los que se pretende fomentar la competencia. Por su propia naturaleza, la actividad pública de regulación comprendería también, naturalmente con la necesaria base legal, la regulación de una gran parte de las relaciones entre operadores económicos, extendiendo de este modo el campo de aplicación del Derecho público y subrayando su complementariedad (o, quizás mejor, su unión regulativa) con el Derecho privado (*Auffangordnungen*), tal como ya he apuntado antes. Extensión que, por cierto, llegaría también hasta los fenómenos de autorregulación en sus distintas manifestaciones (normativa y declarativa); fenómenos que se producen en ausencia de una expresa delegación o encomienda administrativa, pero a los que la ley reconoce eficacia por coincidir con fines previamente definidos de interés general, esto es, relevantes para el Derecho público. A través de esta técnica de reconocimiento y regulación de la normatividad privada, el Estado condiciona los objetivos de las actividades privadas, especialmente empresariales, dando lugar a lo que se conoce como «autorregulación regulada»<sup>83</sup>. En todo caso, regulación estatal y autorregulación regulada aparecen como absolutamente complementarias, pues no suponen una separación radical entre Estado y sociedad, sino que, por

<sup>82</sup> En este sentido, H. BAUER, «La discussione sulla riforma del Diritto amministrativo nella dottrina tedesca», *Diritto Pubblico*, 1999, pág. 185; W. KAHL, *Tendenzen*, cit., pág. 482; M. RUFFERT, «Regulierung im System des Verwaltungsrechts», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 124, 1999, pág. 250. Interesante la advertencia de C. FRANZIUS, «Der "Gewährleistungsstaat"-Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat», *Der Staat*, 4, 2003, pág. 499, de que la privatización no conduce forzosamente a una desregulación, sino a una regulación más compleja. Para A. BETANCOR, la regulación aparece como intervención administrativa en la actividad económica privada al servicio de fines de interés público legalmente establecidos, de aquí que considere esencial el tema del control de dicha actividad. *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, en especial págs. 23-30, 49 y ss., 65 y ss., 193 y ss. Crítico también, J. C. LAGUNA DE PAZ, «Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación», en esta REVISTA, 185, 2011, págs. 89 y ss.

<sup>83</sup> Vid. M. M. DARNACULLETA I GARDELLA, «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», *Revista General de Derecho Administrativo*, 20, 2009, págs. 1 y ss.; *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, M. Pons, Madrid-Barcelona, 2005, *in totum*, especialmente págs. 322 y ss.; J. ESTEVE PARDO, *La nueva*, cit., págs. 116 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, IV, cit., págs. 507 y ss.; *Fundamentos*, cit., págs. 118-128. Vid. también las ponencias de M. SCHMIDT-PREUSS y Ú. DI FABIO, «Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung», *VVDStRL*, 56, De Gruyter, Berlín, 1997, págs. 160 y ss. y 235 y ss.



el contrario, parten de la integración de ambas partes en una finalidad de interés público.

La actividad estatal de regulación vendría, en definitiva, caracterizada por una doble finalidad: de un lado, por la finalidad de garantizar, con distintas intensidades reguladoras, la existencia de mecanismos de competencia entre operadores, corrigiendo los llamados «fallos de los mercados», y, de otro, por la finalidad de cumplir con las exigencias derivadas de los intereses generales. Ni que decir tiene que es esta última finalidad la que da su verdadero sentido a la actividad de regulación de los poderes públicos, que ha de estar, por ello, necesariamente vinculada a los mandatos constitucionales, sobre todo a los de contenido económico y social. Vinculación que ha de verse todavía más reforzada, si cabe, en la actual situación de profunda crisis, la cual, y no por casualidad, ha producido también una nueva expansión del ámbito de lo público a través de la adopción, en este sentido, de nuevas estrategias reguladoras.

En nuestros días el Estado regulador es, pues, al mismo tiempo y necesariamente, un Estado garante o garantista (*Gewährleistungsstaat*), esto es, un Estado que, al haber dejado de ser, en gran medida, un Estado gestor o prestacional (*Leistungsstaat*), debe garantizar, mediante las oportunas medidas normativas y organizativas, los servicios de carácter esencial que han pasado a ser gestionados por sujetos privados, procurando, a la vez, que la actividad de dichos sujetos se lleve a cabo con los imprescindibles niveles de objetividad, accesibilidad y calidad. Como ya he dejado apuntado, la extensión de los principios y normas de Derecho público a estos sujetos privados y a sus relaciones recíprocas se convierte así en una de las características fundamentales del nuevo Estado garante<sup>84</sup>.

Las nuevas funciones de regulación y garantía asumidas por el Estado ante la incidencia de las circunstancias hasta ahora descritas han causado, lógicamente, un gran impacto en la sistemática del Derecho administrativo, que ha debido adaptar su *instrumentarium* para explicar, en el plano dogmático, las variadas manifestaciones del ejercicio de tales funciones. A esta labor se viene dedicando, como veremos inmediatamente, la mejor doctrina jurídico-administrativa, en especial la de origen germánico. Puedo, sin embargo, adelantar, ya desde ahora, mis dudas sobre la utilidad, teórica y práctica, de la introducción de con-

<sup>84</sup> En este sentido, J. ESTEVE PARDO, «La extensión», cit., pág. 27; D. CANALS I AMETLLER, «Principios, reglas y garantías propias del Derecho público en la prestación privada de servicios de interés general», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 158, 2013, págs. 129 y ss. Señala C. FRANZIUS, «Der "Gewährleistungsstaat"», cit., pág. 502, que también la Unión Europea ha adquirido hace tiempo el carácter de una «Comunidad garante». Sobre su posición crítica ante la necesidad o utilidad del nuevo concepto, vid. pág. 517.

ceptos tales como el citado de «Derecho administrativo de la regulación» (en correspondencia con la idea de Estado regulador) o el de «Derecho administrativo de garantía» (en correspondencia con la idea de Estado garante), siempre que con ello se pretenda alcanzar una explicación total del Derecho administrativo actual o, incluso, su misma sustitución<sup>85</sup>. Lo que ha cambiado, como acabamos de ver, es el ámbito de incidencia del Derecho público y el significado y finalidad de muchas técnicas jurídico-administrativas, pero ello no impide que pueda seguir hablándose, simplemente, como hasta ahora, de un Derecho administrativo en cuanto tal como rama autónoma del Ordenamiento, algunas de cuyas técnicas tradicionales, bien es verdad, han experimentado una gran mutación y otras completamente nuevas han debido encontrar acogida en su sistemática.

Es, precisamente, en este sentido cuando sería posible plantearse la existencia, en las circunstancias actuales, de esa transformación «radical» del Derecho administrativo tradicional a la que hacía mención al inicio de estas reflexiones. En todo caso, algunos indicios de dicha transformación podrían, a modo de ejemplo, quedar aludidos aquí.

Así, en primer lugar, la nueva situación ha provocado una renovada atención por la organización y la potestad organizatoria, hasta ahora, quizás, no demasiado estudiadas y, sin embargo, como es evidente, íntimamente vinculadas a la realización del interés general en cuanto presupuesto de la actuación de los poderes públicos<sup>86</sup>, con la consecuencia de que el Derecho de la organización debería ocupar un lugar central en la sistemática del actual Derecho administrativo<sup>87</sup>. En segundo lugar, el propio concepto tradicional de acto administrativo ha debido ser revisado en los supuestos de ejercicio de funciones públicas de autoridad por parte de sujetos privados. El ejemplo de la llamada *Beleihung* (habilitación, investidura) del Derecho alemán podría ser, en este sentido, muy ilustrativo<sup>88</sup>. Por lo demás, convendría también recordar que, sobre todo en la doctrina española, está todavía abierto el debate sobre la opción por un concepto amplio o estricto de acto administrativo, lo que tiene indudable trascendencia para su régimen jurídico<sup>89</sup>. Desde otro punto de vista, el significado y alcance de los

<sup>85</sup> Vid. W. KAHL, *Tendenzen*, cit., págs. 481, 483; C. FRANZIUS, «Der "Gewährleistungsstaat"», cit., pág. 517.

<sup>86</sup> L. PAREJO ALFONSO, *Transformación*, cit., págs. 58-59, nota 61, y 220 y ss.; J. ESTEVE PARDO, *La nueva*, págs. 150 y ss.; E. SCHMIDT-ARMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht*, cit., págs. 205 y ss.; *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., págs. 137 y ss.

<sup>87</sup> E. SCHMIDT-ARMANN, *Das allgemeine*, cit., pág. 205.

<sup>88</sup> J. ESTEVE PARDO, *La nueva*, cit., págs. 198 y ss.

<sup>89</sup> Vid., por todos, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, IV, cit., págs. 23 y ss.

llamados actos administrativos transnacionales (y transterritoriales) sería también una cuestión necesitada actualmente de clarificación<sup>90</sup>. En tercer lugar, la teorización sobre la actividad administrativa de vigilancia, el análisis de sus manifestaciones, la incidencia en la misma de las variadas formas de autorregulación, podrían constituir, a partir de las importantes aportaciones ya existentes, una importante temática a seguir profundizando en los próximos tiempos<sup>91</sup>. Un último ejemplo sobre la transformación del Derecho administrativo actual lo podría constituir también la que se ha venido denominando actividad informal de la Administración en sus variadas manifestaciones, teniendo en cuenta que, como ha sido oportunamente advertido<sup>92</sup>, el mandato formalizador del Estado de Derecho no puede detenerse ante el fenómeno de lo informal, permitiendo a la Administración liberarse, en este caso, de sus vínculos constitucionales y de una correcta ejecución de la ley.

La gran cuestión a plantearse sería, en definitiva, la de si las importantes transformaciones operadas en el campo del Derecho público obligan, de manera ineludible, como apuntaba hace un momento, a la construcción de una «nueva ciencia del Derecho administrativo» que sustituya a la actual tal como ha llegado hasta nosotros. A ello dedicaré, de forma muy sintética, la última parte de estas reflexiones.

<sup>90</sup> Vid. R. BOCANEGRA SIERRA-J. GARCÍA LUENGO, «Los actos administrativos transnacionales», en esta REVISTA, 177, 2008, págs. 9 y ss. Recientemente también, E. SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., págs. 88-90.

<sup>91</sup> Sobre ello, L. PAREJO ALFONSO, *Transformación*, cit., págs. 297 y ss. Vid. también, entre otros, J. BERMEJO VERA, «La Administración inspectora», en esta REVISTA, 147, 1998, págs. 39 y ss.; R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 1999. Recientemente, el VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo dedicó una de sus temáticas a la función inspectora, con ponencias de A. JIMÉNEZ BLANCO, M. REBOLLO PUIG y J. TEJEDOR BIELSA, INAP, Madrid, 2013.

<sup>92</sup> E. SCHMIDT-AßMANN, «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns», en *Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung. Aufsätze 1975-2005*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2006, pág. 123; *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., págs. 76 y ss. Vid. también H. HILL, «Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns», *Die öffentliche Verwaltung*, 20, 1987, págs. 885 y ss.; E. BOHNE, *Der informale Rechtsstaat*, Duncker-Humblot, Berlín, 1981, especialmente págs. 17-19, 42-49, 126 y ss. y 199 y ss. Últimamente, en España, vid. J. AGUDO GONZÁLEZ, «Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 41-42, 2013, págs. 123 y ss. y bibliografía allí citada.

VI. SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA «NUEVA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO». LA FUNCIÓN DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; LAS ACTUALES PROPUESTAS METODOLÓGICAS: EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO IDEA ORDENADORA Y COMO CIENCIA DE LA DIRECCIÓN. VALORACIÓN CRÍTICA. UNA ALUSIÓN FINAL A LA INCIDENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por lo expuesto hasta el momento, no parece que pueda existir duda alguna de que muchas de las técnicas e instituciones tradicionales del Derecho administrativo han de ser revisadas dogmáticamente y muchas otras, por su carácter innovador, han de ser introducidas en su sistemática. En este sentido, la gran tarea del administrativista de nuestro tiempo sería la de preservar, mediante las necesarias adaptaciones, la función ordenadora y sistematizadora que debe cumplir la llamada Parte General del Derecho administrativo para hacer frente a unas realidades sociales cada vez más complejas y cambiantes, cuya presencia se viene manifestando en numerosos sectores de la Parte Especial del mismo, considerados por muchos como «sectores de referencia» para la construcción dogmática del entero Ordenamiento jurídico-administrativo. Es, precisamente, desde estos sectores (Derecho ambiental, Derecho de las telecomunicaciones, Derecho de los medios audiovisuales, Derecho de la asistencia social, Derecho administrativo económico, etc.), de gran desarrollo en los últimos años, de donde han venido los nuevos cambios que hacen ineludible una reflexión explicativa de los mismos que solo la Parte General del Derecho administrativo, a partir de la base constitucional, está en condiciones de cumplir<sup>93</sup>. No se trataría, pues, de construir una «nueva ciencia del Derecho administrativo» desconectada de su evolución anterior, sino, más bien, de profundizar en el estudio del nuevo significado y alcance de las técnicas existentes y analizar las que han ido surgiendo en los últimos tiempos. En esta labor ha de tenerse en cuenta que la innovación no puede venir considerada como un fin en sí misma, sino como un modo de solución de problemas<sup>94</sup>. En este sentido se ha afirmado, muy oportunamente<sup>95</sup>, que, en la construcción de

<sup>93</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ARMANN, «Zur Funktion des allgemeinen Verwaltungsrechts», cit., págs. 137 y ss.; *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, págs. 8-10, 105 y ss.; A. VOßKUHLE, «Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform», cit., págs. 184 y ss.; «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft», *Grundlagen*, I, cit., págs. 35 ss. y nota 217; «Sobre el método del Derecho administrativo», en *Innovación y Reforma*, cit., págs. 176 y ss. y nota 217.

<sup>94</sup> W. HOFFMANN-RIEM, «Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht. Einleitende Problemskizze», en *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns* (eds. E. HOFFMANN RIEM-E. SCHMIDT-ARMANN), Nomos, Baden-Baden, 1994, págs. 15 y 66.

<sup>95</sup> A. VOßKUHLE, «Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform», cit., pág. 215.

la ciencia jurídico-administrativa, solo juntos, progreso y tradición, pueden tener un futuro.

Desde estas premisas, lo que actualmente se está poniendo en cuestión es si el método jurídico, que ha predominado hasta ahora en una ciencia jurídico-administrativa centrada, sobre todo, en la protección frente a la actuación de las Administraciones públicas, puede bastar por sí solo, a pesar de sus innegables ventajas y beneficios, para dar respuesta a las importantes cuestiones que las profundas transformaciones del Derecho público, a las que muy sucintamente acabo de aludir, están planteando al Derecho administrativo de nuestros días, cuyo desarrollo dogmático no puede ya ignorar el nuevo papel del Estado y las variadas y numerosas responsabilidades a las que la Administración debe hacer frente y que constituyen, como ya he apuntado, la base de su propia legitimación como poder público. Así pues, más que de una «nueva ciencia del Derecho administrativo», sería, quizás, más apropiado hablar de una «nueva orientación metodológica», basada en un diálogo multidisciplinar y abierta a nuevos conceptos y a nuevas estrategias regulatorias, centradas no solamente en la disciplina y limitación del poder, sino también en la efectividad y eficacia del conjunto de la actuación administrativa y en la relatividad de la clásica distinción entre Derecho público y Derecho privado. Todas estas cuestiones habrían de tener, por consiguiente, el necesario reflejo en la reconstrucción sistemática de la Parte General del Derecho administrativo, cuya función debería consistir, precisamente, como ha sido siempre, en proporcionar criterios explicativos y ordenadores a la masa heterogénea de normas y técnicas administrativas y, en general, en hacer frente a la rápida evolución que se viene operando en los distintos sectores materiales de la actividad de los poderes públicos<sup>96</sup>.

En definitiva, no se trataría, pues, de empezar a construir una ciencia totalmente «nueva» del Derecho administrativo, sino, más bien, de llevar a cabo un cambio de perspectiva en el análisis de la actuación de las Administraciones públicas actuales, sin olvidar con ello las innegables aportaciones que, sin perjuicio, claro está, de sus necesarias y lógicas adaptaciones, la dogmática tradicional ha proporcionado a la ciencia jurídico-administrativa<sup>97</sup>. Cambio de perspectiva que, por lo

<sup>96</sup> Sobre estas cuestiones, A. VORKUHLE, «Sobre el método del Derecho administrativo», en *Innovación y Reforma*, cit., págs. 145 ss.; L. PAREJO, «La idea de la reforma del Derecho administrativo general. Su planteamiento en España», en *Innovación y Reforma*, cit., 1.ª ed., 2006, págs. 179 y ss. H. SCHULZE-FIELITZ, «Verwaltungsrechtsdogmatik als prozess der Ungleichzeitigkeit», *Die Verwaltung*, 3, 1994, pág. 277 y ss., ha advertido, por su parte, del desigual desarrollo dogmático de los distintos sectores de la Parte Especial del Derecho administrativo.

<sup>97</sup> En este sentido, E. SCHMIDT-ARMANN, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho administrativo», en *Innovación y Reforma*, cit., 2.ª ed., 2012, págs. 85-87.

demás, ha podido ya advertirse claramente en la mayor parte de la doctrina del último tercio del pasado siglo xx y que venía siendo exigido por las circunstancias a las que me he referido. Se han producido, en efecto, interesantes reflexiones sobre un Derecho administrativo más centrado en los parámetros que ha de seguir la actuación de las Administraciones públicas que en el exclusivo análisis de su control (jurisdiccional); un Derecho administrativo que, de otro lado, se ha ido inclinando cada vez más a tener en cuenta la «posición propia» de la Administración pública a partir de su legitimación constitucional democrática basada en la dirección gubernamental, no reduciendo su relación con la ley a una relación de mera ejecución, aunque esta fuese entendida de la manera más amplia posible; un Derecho administrativo, en fin, que ha seguido profundizando en el alcance de la responsabilidad prestacional que incumbe a las Administraciones públicas y en las garantías de su ejercicio.

En este contexto resultan interesantes las distintas propuestas metodológicas que se están desarrollando actualmente, sin que, por el momento, pueda decirse que, pese a su brillantez y originalidad, hayan alcanzado resultados que puedan calificarse de definitivos, pero que, en todo caso, indican un camino que necesita ser recorrido<sup>98</sup>. Me estoy refiriendo al análisis sistemático del Derecho administrativo a partir de (nuevos) «conceptos clave» (*Schlüsselbegriffe*)<sup>99</sup> o de «conceptos jurídicos elementales»<sup>100</sup> y, en una perspectiva más general, a su consideración como «idea ordenadora» (*Ordnungsidee*) o sistematizadora basada en dichos conceptos clave y a su construcción, desde presupuestos sociológicos, como «ciencia de la dirección» (*Steu-*

<sup>98</sup> Muy oportunamente, ha señalado G. ROSSI, «Método jurídico y Derecho administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales», *Cuadernos de Derecho Público*, 21, 2004, pág. 17, que «el hecho de que se haya retomado la reflexión sobre el método es por otra parte sintomático de una insatisfacción por los resultados adquiridos, y además se ha producido siempre en los periodos de grandes cambios». Sobre la dogmática como cometido esencial, vid. las atinadas reflexiones de A. VON BOGDANDY, «El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo: perspectivas de una disciplina», en *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo* (coords. A. VON BOGDANDY-O. MIR PUIGPELAT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 325 y ss.

<sup>99</sup> A. VORBUHLE, «Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform», *loc. cit.*; «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft», *Grundlagen*, I, *loc. cit.*; «Sobre el método del Derecho administrativo», en *Innovación y Reforma*, *loc. cit.*; R. WAHL, *Los últimos cincuenta años*, cit., págs. 134-135.

<sup>100</sup> G. ROSSI, «Método jurídico y Derecho administrativo», cit., 2004, págs. 9 y ss., en especial págs. 17 y ss. Vid. A. TRAVI, «Il metodo nel Diritto amministrativo e gli "altri saperi"», *Diritto Pubblico*, 3, 2003, págs. 865 y ss., en especial págs. 881 y ss. Vid. también A. ROMANO TASSONE, «Pluralità di metodi ed unità della giurisprudenza», *Diritto Amministrativo*, 3-4, 1998, págs. 651 y ss.; «Metodo giuridico e ricostruzione del sistema», *ivi*, 1, 2002, págs. 11 y ss. Sobre la idea gianniniana del Derecho administrativo como «sistema», vid. M. D'ALBERTI, «Configurazioni del Diritto amministrativo in Massimo Severo Giannini», en *L'unità del Diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1994, págs. 64 y ss.

*rungrswissenschaft*) que aspira a dirigir los procesos sociales poniendo fundamentalmente el acento en los resultados de la actuación administrativa<sup>101</sup>. Desde esta perspectiva, la actuación de la Administración, de la que en todo caso, como acabo de indicar, se afirma su «posición propia», vendría analizada no solo desde parámetros de legalidad formal, propios del método estrictamente jurídico, sino también desde parámetros de racionalidad económica y de eficacia en la resolución de los problemas sociales y en la satisfacción de las necesidades colectivas. Parámetros que, naturalmente, han de tener en cuenta, por expresa obligación constitucional, los intereses generales, lo cual supone que el procedimiento administrativo y la organización administrativa están llamados a adquirir, también desde esta nueva perspectiva sistemática, una relevante importancia en un proceso de toma de decisiones que debe, en todo caso, suscitar la adhesión (*Akzeptanz*) de los ciudadanos<sup>102</sup>.

El que todas estas consideraciones supongan el nacimiento de una ciencia jurídico-administrativa completamente «nueva» es, por lo menos, bastante dudoso. Afirmar que el Derecho administrativo ha de ir más allá de la garantía de los derechos para ocuparse, sobre todo, de la efectiva y eficiente realización de los intereses generales y de los objetivos legales nada añade a las preocupaciones que, desde hace algún tiempo, se vienen manifestando, en este sentido, en la ciencia del Derecho administrativo. Es significativo, por lo demás, que una gran parte de la moderna doctrina alemana, de donde proceden, como es conocido, los impulsos hacia la construcción de una *neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, se haya preguntado, precisamente, en qué consistiría la «novedad» de esta nueva ciencia<sup>103</sup>, tachada, incluso, de innecesaria y contraproducente<sup>104</sup>. Realmente, lo que ha sucedido es que, en mi opinión, se ha producido una ampliación de la perspectiva metodológica en la ciencia jurídico-administrativa, en donde una visión pluridisciplinar ha venido a completar las evidentes insuficiencias demostradas por el método estrictamente jurídico en la explicación de las nuevas realidades sociales y económicas surgidas, fundamental-

<sup>101</sup> Vid. E. SCHMIDT-ARMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, cit., págs. 18 y ss.; *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., págs. 18 y ss.

<sup>102</sup> E. SCHMIDT-ARMANN, *Das allgemeine*, cit., págs. 25-26; A. VORBUHLE, «Schlüsselbegriffe», cit., págs. 194-195; «Sobre el método», cit., págs. 150 y ss. También, C. FRANZIUS, «Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft», *Die Verwaltung*, 3, 2006, págs. 336 y ss. Vid., en España, L. PAREJO, *Transformación*, cit., págs. 90 y ss., 103 y ss., 172 y ss.

<sup>103</sup> Vid., por ejemplo, en *VVDStRL*, núm. 67, De Gruyter, Berlín, 2008, las intervenciones, entre otros, de STARCK, ISENSEE y PERNICE en la reunión de Friburgo (2007) de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público, con ponencias de I. APPEL y M. EIFERT.

<sup>104</sup> W. KAHL, «Über einige Pfade», cit., pág. 491.

mente, de las políticas privatizadoras de los últimos años<sup>105</sup>. Todo ello forma parte, por lo demás, de una evolución natural del contenido del Derecho administrativo en su adaptación a las nuevas circunstancias de la sociedad sobre la que opera, en donde nuevas formas de actuación administrativa se han venido, simplemente, a añadir a las ya existentes, las cuales, como ya he apuntado, todavía guardan, en gran parte y con las adaptaciones precisas, una importante función explicativa en el seno de la ciencia del Derecho administrativo. Como en su tiempo también ocurrió con el movimiento de la planificación, la llamada «nueva ciencia del Derecho administrativo» se está desarrollando por alguna doctrina con indudable entusiasmo y con una cierta inclinación a la autorreferencialidad<sup>106</sup> a partir de ese nuevo mundo conceptual al que he pretendido aludir de manera muy general en estas reflexiones (regulación, autorregulación regulada, dirección, garantía, etc.). Sin pretender restar valor explicativo a dicho mundo conceptual, lo que en ningún caso convendría olvidar es que el Derecho administrativo, construido a partir de factores muy diversos, ha de ser siempre expresión de un orden material de valores que encuentra su fundamento en la Constitución<sup>107</sup> y, en este sentido, constituye, en cuanto Derecho referido a un gran cúmulo de tareas de muy diverso contenido, un instrumento imprescindible de reforma social. En todo caso, como ha sido muy oportunamente advertido, el Derecho administrativo obtiene su fuerza y su vitalidad de sus aspectos tradicionales y modernos. Sería un gran error, según la citada advertencia, considerar los unos y no los otros<sup>108</sup>.

En el momento de finalizar estas reflexiones, creo que sería, quizás, pertinente referirme, por último y de forma brevísima, a las importantes consecuencias que para el Derecho administrativo, y en general para todo el Derecho público, está suponiendo la actual y profunda crisis económica, que es también, en último término, una crisis de la capacidad de autorregulación de los mercados. Lo que parece cierto es que estamos asistiendo de nuevo, en contra de una evolución hacia un «Estado mínimo» (idea de difícil compatibilidad, por lo demás, con algunos textos constitucionales y que hasta estos momentos aparecía como evidente), a una clara recuperación del papel protagonista del Estado (se ha hablado, en este sentido, muy plásticamente, de la «vuelta del Estado»<sup>109</sup>), tanto en el campo social como en el económico, que hace re-

<sup>105</sup> Vid. W. KAHL, «Über einige Pfade», cit., págs. 491, 497-499; R. WAHL, *Los últimos cincuenta años*, cit., pág. 143.

<sup>106</sup> En este sentido, R. WAHL, *Los últimos cincuenta años*, cit., pág. 146.

<sup>107</sup> Así, A. VOßKUHLE, «Sobre el método», cit., págs. 159-160.

<sup>108</sup> S. CASSESE, «Tendenze e problemi», cit., pág. 912.

<sup>109</sup> E. SCHMIDT-ARMANN, «Cuestiones fundamentales», en *Innovación y Reforma*, cit., 2.ª ed., págs. 110-111. También, S. MUÑOZ MACHADO, *Fundamentos*, cit., págs. 63-64.



cordar a las intervenciones públicas tradicionales ya conocidas desde hace tiempo por la ciencia jurídico-administrativa<sup>110</sup>. La crisis está produciendo, una vez más, una nueva recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad que está impulsando respuestas por parte del Derecho público basadas en las viejas técnicas interventoras de la *Daseinsvorsorge* y en políticas de programación económica, y que, en un plano más general, está reforzando la consideración del Estado, en el sentido que ya conocemos, como un «Estado garante», como un «Estado asegurador de última instancia» o, si se quiere, como un «Estado salvador» (por utilizar una feliz expresión de un moderno autor italiano<sup>111</sup>), que iría, sin embargo, más allá de un mero Estado regulador para convertirse en un Estado que lleva a cabo intervenciones directas de incidencia inmediata en el campo social y económico. El tiempo dirá si las consecuencias sistemáticas e institucionales de la nueva situación para el Derecho administrativo están llamadas a perdurar o desaparecerán con la superación de la crisis<sup>112</sup>. He aquí, en todo caso, un campo muy interesante de reflexión para la actual ciencia del Derecho administrativo en su incesante proceso de adaptación, a partir de lo ya consolidado, a su entorno social y económico.

Queda por advertir que la actual recuperación del papel protagonista del Estado viene condicionada por un horizonte de equilibrio presupuestario, exigido, en muchos casos, por los propios textos constitucionales (así, por ejemplo, por el artículo 135 de la Constitución española, modificado recientemente<sup>113</sup>), que no dejará de tener una cierta

<sup>110</sup> M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, págs. 93 y ss., 141-142, ha subrayado recientemente la existencia de una gran continuidad histórica, con algunas transformaciones, en la regulación pública de los mercados. Por su parte, F. SCHOCH ha advertido que en ningún caso el «Estado garantizador» debe ser entendido en el sentido de un «Estado mínimo». «Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 3, 2008, págs. 241 y ss.

<sup>111</sup> G. NAPOLITANO, «Il nuovo Stato salvatore: strumenti e assetti istituzionali», *Giornale di Diritto Amministrativo*, 11, 2008, págs. 1083 y ss. Vid. también «Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi», en *Uscire della crisi* (a cura de G. NAPOLITANO), Il Mulino, Bologna, 2012, págs. 471 y ss.

<sup>112</sup> Vid. las interesantes reflexiones de L. TORCHIA, en *Lezioni di diritto amministrativo progredito* (a cura di L. TORCHIA), Il Mulino, Bologna, 2010, págs. 217 y ss., en especial págs. 223-224, 230. También últimamente, L. MARTÍN-RETORTILLO, «El Derecho administrativo ante la crisis», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 157, 2013, págs. 117 y ss.

<sup>113</sup> Vid. recientemente A. EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012; J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «La reforma del artículo 135 de la Constitución española», en esta REVISTA, 187, 2012, págs. 31 y ss.; VV.AA., «La reforma del artículo 135 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, 2011, págs. 159 y ss. Para una visión comparada, vid. A. ARROYO-I. M. GIMÉNEZ, «La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia», *ivi*, 98, 2013, págs. 149 y ss. Muy interesante, desde la perspectiva del origen del desequilibrio económico, F. SOSA WAGNER-M. FUERTES, *Bancarrotta del Estado y Europa como contexto*, M. Pons, Madrid, 2011; F. J. VILLAR ROJAS, «Crisis económico-financiera: crisis de la Administración pública», en A. M. GONZÁLEZ SANFIEL (Dir.), *El Derecho ante la crisis: nuevas reglas*

incidencia reductora en la expansión de los derechos sociales. He aquí también otro importante campo de reflexión sobre el alcance aceptable, desde los mismos parámetros constitucionales, de esa incidencia reductora que en ningún caso debería afectar a la esencia de lo que debe significar la cláusula del Estado social. En especial, la construcción de un derecho fundamental a la garantía de un mínimo existencial, derivado de la dignidad de la persona humana, tendría que estar, en los graves momentos actuales, en el centro mismo de las preocupaciones de los poderes públicos.

Es el momento de terminar. Es verdad que en la actualidad el Derecho administrativo se halla ante desafíos de una gran trascendencia dogmática y social. Enfrentarse a ellos, y hacerlo con éxito, ha sido, por lo demás, su destino histórico; un destino caracterizado por un continuo proceso de adaptación que, sin suponer rupturas radicales, ha puesto siempre de manifiesto su permanente vitalidad. En ello reside su grandeza, que es, en definitiva, la grandeza de sus cultivadores en el pasado y en el presente y que nos debe hacer sentir un legítimo orgullo a los que formamos parte de la comunidad científica europea de administrativistas.

---

*de juego*, Atelier-Mutua Tinerfeña, Barcelona, 2013, págs. 43 y ss. También los núms. 28 y 29, 2012, de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, dedicados a la *crisis económica: diagnósticos y pronósticos*, y el volumen colectivo *Crisis económica y crisis del Estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo (Coord. J. L. PIÑAR MAÑAS), Editorial Reus, Madrid, 2013.