

El Procedimiento en el marco de las transformaciones del Derecho Administrativo

Susana de la Sierra*

El Procedimiento Administrativo, una de las instituciones más representativas del Derecho Administrativo se encuentra en un proceso de constante cambio. En ese sentido, el presente artículo, nos proporciona relevantes alcances sobre este cambio.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es la presentación de algunas cuestiones actuales relacionadas con el Procedimiento Administrativo en España, presentación dirigida fundamentalmente a un público no europeo. En alguna ocasión se adoptará una perspectiva comparada, toda vez que, los fenómenos que aquí van a referirse son, en buena parte, comunes a varios Estados Miembros de la Unión Europea. En este sentido, se realizarán alusiones esencialmente a los ordenamientos jurídicos de Alemania, Francia, Italia y Reino Unido. Es posible, por otro lado, que se trate de debates equivalentes a otros que se desarrollen en otras coordenadas del globo. De ahí que, con este artículo se pretenda contribuir al diálogo entre las dos orillas hispanohablantes del Atlántico, para fortalecer así el aprendizaje mutuo¹.

Una afirmación de principio que conviene retener es que el procedimiento administrativo está resurgiendo a modo de “ave fénix” como objeto de análisis en la doctrina española y en la de otros Estados

europeos. Como es lógico, no quiere decirse con esto que el procedimiento hubiera desaparecido en los últimos años. Existen sólidos referentes bibliográficos que desmentirían este último aserto. Sin embargo, sí es cierto que una observación detenida de la más reciente doctrina avala la hipótesis antes avanzada del renacimiento². Y ello es así porque, como recuerda BARNÉS, “La institución del Procedimiento sintetiza en cada tiempo y lugar los rasgos más sobresalientes del Derecho Público”³.

Las posibles razones de este fenómeno serán objeto de escrutinio en las líneas que siguen. En ellas se abundará en las siguientes cuestiones. De un lado, el protagonismo del Procedimiento puede entenderse debido a lo que puede considerarse un cambio de paradigma⁴. Sin necesidad de utilizar una expresión – la de cambio de paradigma – que puede sonar, quizás, excesiva, sí es posible asumir que el Derecho Administrativo se ha transformado en los últimos años y que, por lo tanto, sus instituciones más representativas también lo han hecho. Un elemento crucial para la transformación de

* Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

1 Hay quien ya ha abordado el concepto de *ius commune* europeo e iberoamericano, si bien desde la perspectiva del Derecho Privado y sobre la base de una relectura del Derecho Romano. Cfr. R. DE CASTRO CAMERO, *Ius commune: Fundamento del Derecho común europeo e iberoamericano. Breve aproximación*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 128, 2010, pp. 671-700. A las peculiaridades del Derecho Comparado como disciplina de conocimiento en el ámbito jurídico-público, me he referido en algún trabajo anterior, donde trataba de aventurar algunas hipótesis no sólo que explicaran la tardanza en el empleo de esta técnica jurídica en el Derecho Público, sino también que dieran alguna respuesta a las reticencias de algunos autores contrarios a este respecto. Cfr. S. DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

2 De manera clara puede verse en el libro coordinado por J. BARNÉS, *Las transformaciones del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008. El libro es fruto de un seminario de investigación que se desarrolla con cierta periodicidad y que reúne a profesores españoles y alemanes para reflexionar en torno a la reforma del Derecho Administrativo. Con anterioridad se había publicado otro libro, coordinado por el mismo autor, con el título “Innovación y reforma en el Derecho Administrativo”, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006. También se ha de citar, entre otros títulos de la moderna bibliografía, F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante*, Iustel, Madrid, 2009.

3 Cfr. J. BARNÉS, *Reforma e innovación del procedimiento administrativo*, en Javier BARNÉS (ed.), “Las transformaciones del procedimiento administrativo”, cit., p. 15.

4 Sobre el cambio de paradigma en el Derecho Administrativo español, singularmente en lo que concierne a la justicia administrativa, ha reflexionado el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA en algunas de sus obras. Cabe citar la más reciente: *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

dicho Derecho ha sido el cambio del contexto constitucional. Hoy pocas dudas caben respecto a la consideración del Derecho Administrativo como el Derecho Constitucional concretizado, en las conocidas palabras de Fritz WERNER. En este sentido, en la medida en que dicho marco constitucional se modifique, también lo hará el Derecho que le sirve de aplicación en la actuación cotidiana de las instituciones públicas, es decir, el Derecho Administrativo, generando una “re-constitucionalización del Derecho Administrativo”⁵.

A lo anterior se añade la dimensión creciente del Derecho europeo, con un Derecho constitucional propio que se impone a los Estados Miembros⁶. El contexto constitucional, por lo tanto, no sólo se ha modificado, sino que se ha visto aumentado. Con ello se ha ampliado también la complejidad, en la medida en que, la pluralidad de normas de contenido constitucional que puede concurrir en un determinado supuesto puede conducir a cierta perplejidad en la resolución cotidiana de los conflictos jurídicos⁷.

El Derecho europeo, por otra parte, es fruto de delicados equilibrios políticos entre los Estados que componen la Unión Europea⁸. A pesar de garantizar la autonomía procedimental de los Estados Miembros, es sencillo deducir que la operatividad de los mencionados equilibrios se pone en juego precisamente a través de los procedimientos administrativos que los Estados tengan articulados para la tramitación de los asuntos relacionados con dichas opciones políticas. De ahí que de forma paulatina se hayan ido fraguando diversas exigencias procedimentales y que, incluso, en algunos ámbitos se hayan creado auténticos procedimientos

para garantizar un mínimo de homogeneidad en la aplicación del Derecho europeo⁹. Con la equivalencia de los procedimientos se garantizaría la equivalencia de los objetivos.

Estas son las consideraciones generales que subyacen al artículo que aquí se presenta. En el mismo se dará cuenta de manera algo más detallada del contenido de las transformaciones del Derecho Administrativo a las que he hecho mención y se explicará cómo se inserta en las mismas el procedimiento administrativo. Ello se realiza desde la reflexión de la propia noción o concepto de Derecho Administrativo. Para ello, se partirá una aproximación histórica, pero también historiográfica, dando cuenta de los objetos de investigación de los profesores más jóvenes de nuestra disciplina. Como es lógico, no se trata de un tratamiento exhaustivo –ni mucho menos–, sino de unas pinceladas (subjetivas, por otra parte) para ofrecer un panorama lo más claro posible del *statu quo*. Por ello, pido disculpas de antemano por las omisiones, que son muchas, en esta generación nacida en torno (con generosidad en el cómputo) a la transición democrática en España, que ha aprendido inspirada por sus mayores y disfrutando de oportunidades –pero también sufriendo dificultades– distintas de quienes les han precedido. Es una generación que se ha formado y ha vivido “en Europa”, circunstancia que necesariamente modifica la óptica vital y académica¹⁰. Es una generación, en fin, que ha sacado frutos del desarrollo tecnológico y, gracias a los nuevos medios electrónicos, ha enhebrado sólidas vías de cooperación¹¹. El Derecho Administrativo español –como cualquier otro– no se encuentra aislado y, en consecuencia, no puede comprenderse sin el

5 Cfr. en este sentido L. PAREJO ALFONSO, *La idea de la reforma del Derecho Administrativo General. Su planteamiento en España*, en J. BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, cit., pp. 177-202 [193-199], que se remite también a obras anteriores del mismo autor. Esta labor de reconstrucción del Derecho Administrativo español sobre la base de las nuevas bases constitucionales se ha plasmado, entre otros, en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tres Tomos, Iustel, Madrid. Véase, además, L. ORTEGA ÁLVAREZ, *La concepción subjetiva del Derecho Administrativo tras la Constitución Española de 1978*, Bomarzo, Albacete, 1989, así como O. MIR PUIGPELAT, *El concepto de Derecho Administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional*, *Revista de Administración Pública*, núm. 162 (2003), pp. 47ss. Un conjunto de trabajos algo más antiguos, pero igualmente pertinentes, son los recopilados en C. CHINCHILLA MARIN/B. LOZANO/S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.

6 En la doctrina española véase, por todos, R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2º ed., 2010. Sobre la europeización del Derecho Administrativo español me remito a una obra colectiva de publicación reciente: L. ORTEGA/L. ARROYO/C. PLAZA, *Spanish Administrative Law under European Influence*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, donde se incluye un capítulo relativo al procedimiento administrativo (L. ORTEGA/C. PLAZA, *Administrative Procedure*, pp.9-42).

7 Esta complejidad ha sido analizada por L. MARTÍN-RETORTILLO, que introduce un tercer elemento: el Derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos. Cfr. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

8 En el ámbito del Derecho Administrativo se ha de destacar el libro de E. NIETO GARRIDO e I. MARTÍN DELGADO, *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010, que es una edición traducida, revisada y ampliada del original inglés publicado con el título *European Administrative Law and the Constitutional Treaty*, Hart, Oxford, 2007.

9 Este sería uno de los instrumentos de la “unión administrativa europea”, al que se añadiría, entre otros, la cooperación mediante la creación de fórmulas organizativas específicas. Véase al respecto F. VELASCO/J.-P. SCHNEIDER (coords.), *La Unión Administrativa Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

10 A ello se ha referido L. ORTEGA ÁLVAREZ en el prólogo al libro de E. NIETO GARRIDO e I. MARTÍN DELGADO ya citado.

11 Véase a título de ejemplo los “Materiales docentes adaptados al proceso de Bolonia” que con el título “Derecho Administrativo para el ECTS” (del que la anterior expresión sería un subtítulo) ha coordinado E. GAMERO CASADO (Iustel, Madrid, 2008). En el prólogo, L. MARTÍN REBOLLO, además de reflexionar sobre la educación universitaria y la figura del profesor, apunta al dato señalado en el texto (p. 25).

contexto internacional en el que se desarrolla. Por ello, esta contribución concluye con una aproximación al fenómeno de la internacionalización del Derecho Administrativo, así como, al concepto de “Derecho Administrativo Global”.

II. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Una visión desde la actualidad: preguntas hacia el pasado para responder a los desafíos del presente y del futuro

El concepto de Derecho Administrativo en España, al igual que en otras coordenadas, es hoy tributario de sus orígenes históricos. Así, las sucesivas transformaciones a que se ha visto sometido y las que le afectan en la actualidad han determinado mutaciones en algunos de sus aspectos, pero pervive un núcleo básico que permite conectar el moderno Derecho Administrativo con las construcciones clásicas. En efecto, la esencia de esta rama del ordenamiento – la configuración del poder y su control – determina el estudio de esta disciplina, con preocupaciones subyacentes que equivalen a las existentes hace ya dos siglos¹². En este contexto, el procedimiento ha recuperado protagonismo, de la mano de quienes consideran que es un instrumento no sólo de garantía del Estado de Derecho, sino también del Estado Social. De esta manera, las normas reguladoras del procedimiento no habrían de ser únicamente el corsé jurídico de la Administración, sino también el incentivo para perseguir (y alcanzar, en su caso) la eficacia¹³. La eficacia se erige así en un elemento esencial de las modernas Administraciones y es, además, el contenido básico, del modelo de legitimidad basado en resultados o, siguiendo la expresión comúnmente utilizada, la *output legitimacy*¹⁴.

La institución nuclear de la construcción, como se verá, son las Administraciones Públicas y sabido es que con esta expresión se alude hoy a un conjunto

«Una afirmación de principio que conviene retener es que el procedimiento administrativo está resurgiendo a modo de ave fénix como objeto de análisis en la doctrina española y en la de otros Estados europeos».

de entes bien diferentes a la Administración de corte napoleónico que se hereda en España en el Siglo XIX. Así, la descentralización territorial, pero también el fenómeno inverso – el surgimiento de entes supranacionales con competencias tradicionalmente consideradas “iusadministrativas” –, han creado un sistema de polos de poder con el que se pierde la seguridad que presentaba el modelo de un centro único de imputación de relaciones jurídicas¹⁵.

A la descentralización territorial se une la descentralización funcional. La proliferación de entes institucionales, así como la participación de sujetos privados en el desarrollo de funciones públicas, las denominadas “externalizaciones” o el fenómeno conocido como “autorregulación”, son casi con elevada seguridad los elementos que en mayor medida han condicionado y condicionan el concepto de Derecho Administrativo, en especial si se parte de la teoría denominada “subjetiva” de dicha disciplina.

Estas nuevas realidades también han generado cambios en la concepción del procedimiento administrativo, respecto del cual se ha llegado a plantear que pueda aplicarse en la actuación de los sujetos

12 Véase, con ocasión del bicentenario del Consejo de Estado francés, el libro de J. MASSOT/R. DENOIX DE SAINT MARC/T. GIRARDOT, *Le Conseil d'Etat*, La Documentation Française, París, 1999.

13 En este sentido, entre otras referencias del mismo autor, véase E. SCHMIDT-ASSMANN, *Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional*, en J. BARNÉS (ed.), “Las transformaciones del procedimiento administrativo”, cit., pp. 71-112. Cfr. también L. PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración: Tres estudios*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1995, así como J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Madrid, 2001. A la eficacia administrativa como mandato constitucional me he referido yo misma en otro contexto, en el de la justicia administrativa. Cfr. S. DE LA SIERRA, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho Europeo. Un Estudio Normativo y Jurisprudencial*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 126ss.

14 Cfr. M. RUFFERT (coord.), *Legitimacy in Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Europa Law Publishing, en prensa.

15 Sobre la descentralización territorial en España – un tema de actualidad a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio de 2010, relativa a la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña – pueden verse, por todos, los trabajos de G. FERNÁNDEZ FARRERES: *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Madrid, Iustel, 2005; *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico? Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana*, Civitas, Madrid, 2008. Más recientemente, y en relación precisamente con la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, v., siempre del mismo autor, *La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña: algunas precisiones sobre su verdadero significado y alcance*, publicado en el Diario del Derecho de Iustel, el 13 de julio de 2010 (www.iustel.com, núm. RI §1043520).

privados, siempre y cuando concurren determinadas circunstancias¹⁶. Un adecuado estudio de los sujetos que producen y aplican el Derecho Administrativo resulta, por tanto, primordial, de cara a identificar los actuales perfiles del Derecho Administrativo, aun cuando no se comparta dicha teoría subjetiva. Sin embargo, como también se indicará con detalle, las construcciones clásicas conservan su actualidad, dado que la “maraña subjetiva” a la que me estoy refiriendo no se encuentra, en realidad, muy alejada de las estructuras iniciales. Casi con seguridad haya de procederse, simplemente, a dotar de cierto orden al conjunto¹⁷.

Desde el punto de vista objetivo, las transformaciones a que se ha visto sometido el Derecho Administrativo en los últimos tiempos son ingentes. Mucho se ha escrito sobre la huida del Derecho Administrativo, en expresión que ha sido asumida pacíficamente en la doctrina. No obstante, entiendo que cabría hablar de un cierto retorno al Derecho Administrativo, retorno que se ha producido de la mano tanto de pulsiones internas como de pulsiones externas. Desde el punto de vista interno, y por diversas circunstancias, el Derecho Administrativo ha comenzado a hacer su aparición en sectores que hasta entonces habían estado regidos por el Derecho Privado, o bien que se encontraban permos de regulación normativa. Este es el caso, paradigmático, del Derecho del consumo, pero también del Derecho ambiental o del Derecho del turismo, respecto de los cuales la legislación había resultado parca hasta épocas cercanas. Desde el punto de vista externo, las modificaciones en el objeto han sido generadas, fundamentalmente, por el Derecho de la hoy Unión Europea, pero también por otras normas de carácter supranacional o internacional, como las procedentes del Consejo de Europa o, más recientemente, de la Organización Mundial del Comercio.

Las anteriores consideraciones muestran cómo el contexto del actual Derecho Administrativo y, con él, del procedimiento, es bien diverso al existente en la primera mitad del Siglo XIX¹⁸, momento en el que da sus primeros pasos el Derecho Administrativo clásico y momento al que me referiré en las siguientes líneas, en aras a verificar la adecuación

del concepto clásico a los tiempos modernos. Ya adelanto que, en mi modesta opinión, el concepto clásico pervive hoy, a modo de faro que guía al barco en tiempo de tormenta. Probablemente resulte necesario realizar algunos ajustes, pero también el faro se iluminaba antiguamente con antorchas y se adaptó a las ventajas conferidas por la electricidad, sin dejar de ser faro. Presentemos, por tanto, la historia, la evolución y los perfiles del Derecho Administrativo clásico, dado que difícilmente podrá debatirse en torno al moderno concepto de Derecho Administrativo si no se cuenta con dichos elementos, al menos a modo de contraste¹⁹.

2. El significado de un debate propio de una época. Reflexiones, a modo de excursión, en torno a la situación de la historiografía administrativista contemporánea: los jóvenes profesores

Alejandro OLIVÁN, “el oscuro y terco secretario aragonés del Duque de Rivas”, en descripción de SANTAMARÍA PASTOR²⁰, inicia sus reflexiones sobre la Administración Pública con la siguiente afirmación: “Hasta estos últimos tiempos puede decirse que no se ha aplicado con fruto el análisis a la investigación y clasificación de las diferentes operaciones que en una nación practica el Poder supremo para la conservación, dirección y mejora de las fuerzas e intereses sociales. El hecho de administrar es tan antiguo como la existencia de los Gobiernos; pero la ciencia de la administración es muy moderna”²¹. Quien fuera uno de los iniciadores de la historiografía administrativista española apunta en su escrito una de las cuestiones que han presidido los debates sobre los orígenes históricos del Derecho Administrativo, a saber: la existencia de dicho Derecho en el periodo histórico anterior a la Revolución Francesa.

Como es sabido, una importante controversia doctrinal tuvo lugar en torno a los años sesenta del Siglo XX, controversia que dio lugar a dos posiciones enfrentadas a las que, con matices, se han ido sumando los autores que se han referido a ello con posterioridad. SANTAMARÍA PASTOR da cuenta de dicho debate, apuntando las causas, en su obra *Sobre la génesis del Derecho Administrativo*

16 Cfr. M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

17 Esta es una de las finalidades de la enésima reforma de la Administración institucional en España, realizada por la Ley N° 28/2006, de 18 de julio, de *Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos*.

18 Y ello aun cuando, como recuerda el citado MUNOZ MACHADO, “[a]firmar que el Derecho Administrativo de los comienzos del siglo XXI se nutre de técnicas marcadamente distintas del que se elaboró al empezar el siglo XIX, con el primer constitucionalismo, es seguramente una obviedad”, *op.cit.*, Tomo I, p. 90.

19 De hecho, como recuerda M. SÁNCHEZ MORÓN, la relativa modernidad del Derecho Administrativo y su mutabilidad determinan la comprensión presente del Derecho Administrativo español. Cfr. *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 5ª ed., 2009, p. 43.

20 J.A. SANTAMARÍA PASTOR. *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, ahora publicado en *Lustel*, Madrid, 2006, p. 35.

21 Cito por la edición que realizó en 1954 el Instituto de Estudios Políticos, con Prólogo de Eduardo García de Enterría, p. 27. Véase también L. MARTÍN-RETORTILLO, *Un retrato y un discurso de Alejandro Oliván*, RAP 157 (1968), pp. 379ss, así como S. MARTÍN-RETORTILLO, *Alejandro Oliván: reflexiones sobre su vida y su obra*, Civitas, Madrid, 1997.

Español en el Siglo XIX (1812-1845). Enlazando con las discrepancias sobre los orígenes del Derecho Administrativo, señala SANTAMARÍA que reclamar un Derecho Administrativo que surge al albur de la Revolución Francesa y es fruto de un concepto moderno de separación de poderes exige optar por un principio de libertad, al que se anuda un decidido control de la actividad de las Administraciones por un órgano jurisdiccional. Por otro lado, quienes consideran que el Derecho Administrativo no nace con la Revolución Francesa, sino que su existencia precede al año "0" que fue 1789, podrían llegar a justificar – siquiera indirectamente – un modelo de relaciones de poder en el que el ciudadano dispone de escasos recursos para, de forma objetiva, controlar el poder público, personalizado en la Administración.

Poco se puede añadir a una cuestión cuyos argumentos teóricos han sido sobradamente analizados. Resta, como indica SANTAMARÍA en su obra mencionada, que los historiadores acudan a los archivos para confirmar o desmentir las hipótesis ya enunciadas²². No obstante lo anterior, si quisiera realizar ahora algunas reflexiones sobre la existencia misma de la polémica, siquiera desde una perspectiva "generacional", y trataré también de realizar unas modestas observaciones conclusivas, que permitan conectar lo anterior con el concepto de Derecho Administrativo en el que se inserta el procedimiento administrativo en la actualidad.

El Derecho es un instrumento político, en la medida que, con el mismo se tratan de encauzar demandas sociales. Es, como se ha repetido de forma reiterada, una alternativa a la guerra o, incluso, a una escala más reducida, una alternativa al duelo²³. El Derecho, además, no es neutro, en la medida en que siempre responde a una determinada opción económica o social y, en definitiva, política. Así, el Derecho que predique la neutralidad de sí mismo, ya está indicando, con elevada probabilidad, una determinada tendencia. El Derecho, por tanto, no es neutral, circunstancia que no conlleva - ¡al contrario! – que su aplicación tampoco lo sea. La neutralidad en la aplicación se pone de manifiesto en principios constitucionales como el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pero también en principios clásicos que rigen una actividad administrativa por antonomasia, como es la gestión de servicios públicos²⁴.

La politicidad del Derecho es más acusada, por razones obvias, en la rama jurídica que regula el ejercicio del poder público y su control. En este sentido, se ha de destacar la importancia del contexto político para comprender la auténtica dimensión del Derecho Administrativo que regula en cada época y en cada lugar del orbe el ejercicio del poder. El propio J.A. SANTAMARÍA alude a ello al exponer los términos del debate sobre el origen histórico del Derecho Administrativo en la reedición de su obra realizada en 2006. Así, explica este autor cómo bajo las distintas posiciones subyacían auténticas posiciones políticas de quienes defendían una u otra opción²⁵. Y lo explica porque, según indica, "[e]s difícil, para tantos profesores jóvenes, comprender la vehemencia con la que muchos [participaron] en aquella polémica"²⁶. Entre los profesores jóvenes a que se refiere el profesor SANTAMARÍA se encuentran quienes nacieron ya orillando el fin de la dictadura, o incluso iniciados los pasos para crear un Estado democrático, una vez desaparecido el dictador. Y esta circunstancia justifica que la consideración de una cuestión como la que ahora se expone, se realice, por necesidad, desde otra óptica. Porque, tal y como indica SANTAMARÍA, las distintas posturas políticas que subyacían a las propuestas teóricas sobre los orígenes del Derecho Administrativo obedecían a tomas de postura ante el momento de cambio que se avecinaba y que habría de ser afrontado de forma decidida, con propuestas solventes y, en su caso, volviendo la vista hacia el pasado. En efecto, sin negar el indudable interés que para la formación del espíritu presentan los estudios históricos, una de sus utilidades radica en el hecho de servir de modelo para la configuración del futuro. Así, la historia puede servir de modelo negativo, en aras a evitar que se repitan determinados acontecimientos, pero también puede constituir un modelo positivo, de modo que, las experiencias que de forma positiva repercutieron en el ser humano y en la convivencia, puedan ser rescatadas de la memoria para servir de guía en un momento concreto. En el contexto de este discurso general, el historiador estadounidense Arthur SCHLESINGER Jr. afirmó hace unos años, escribiendo en un contexto del todo diferente al que nos ocupa en este momento, que "[l]as concepciones del pasado están muy lejos de ser estables. Las revisamos continuamente a la luz de las urgencias del presente. La historia no es un libro cerrado o un veredicto final. Siempre está en proceso de hacerse. Dejad que los historiadores

22 Algo que, tras el debate entre los administrativistas, realizó F. TOMÁS Y VALIENTE, en *El marco político de la desamortización en España*, Ariel Quincenal, Barcelona, 1971, además de en otros trabajos posteriores en los que profundiza en la cuestión.

23 A ello se refiere, por ejemplo, L. MARTÍN REBOLLO en su comentario al artículo 26 de la Constitución Española, en sus ya clásicas *Leyes Administrativas*, Thomson/Aranzadi. Véase, además, sobre la idea general que se ha indicado en el texto, I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, 1795; H. Kelsen, *La paz por medio del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003. En cierta manera también, aunque desde una posición contraria, Th. HOBBS, *Leviatán*, 1660.

24 A este principio se refiere, por citar una sola referencia, Prosper Weil en su *Derecho Administrativo*, traducción de la 10ª ed. en Civitas, 1986, p. 110.

25 Op.cit., p. 11.

26 Ibídem.

prosigan la búsqueda del conocimiento, por equívoca y problemática que pueda ser. La gran fuerza de la historia en una sociedad libre es su capacidad para la autocorrección”²⁷.

En estas líneas quisiera reflexionar sobre uno de los aspectos quizás más abandonados del Derecho Administrativo, pero no por ello menos importantes, antes al contrario. Y esta cuestión no es otra que la historia de los autores del Derecho Administrativo, la historiografía jurídico-administrativa. En efecto, las preocupaciones políticas de una generación justificaron la producción científica sobre el origen del contencioso-administrativo, del mismo modo que en el Siglo XIX las preocupaciones políticas de consolidación de un Estado eficaz, a la par que ágil, llevaron a autores como OLIVÁN, SILVELA o al propio Javier DE BURGOS a sentar las bases de un sistema jurídico-administrativo que perviviría hasta la fecha²⁸. Esta es la razón que justifica los temas tratados en las publicaciones de la época, o bien en distintos materiales que, por diversas circunstancias, no fueron objeto de publicación. El estudio de la historiografía jurídico-administrativa está por escribir. En otros Estados existen obras de diversa índole que dan cuenta de la evolución. Así, a título de ejemplo, el señero *Cultura e politica del diritto amministrativo* de Sabino CASSESE da cuenta de la familia de administrativistas, relatando las distintas filiaciones y anudando la evolución de la disciplina a los distintos avatares personales y globales (políticos, sociales y económicos) que determinaron el decurso del Derecho Administrativo en Italia²⁹. También en Alemania o en Francia existen obras que refieren esta evolución³⁰. Sin embargo, en España no disponemos hasta la fecha de una obra de estas

características, si bien es cierto que algunos trabajos lo contemplan, siquiera de forma parcial³¹.

Si el gran debate se articulaba en los años sesenta del Siglo XX en torno a los orígenes del Derecho Administrativo, por cuanto dicha cuestión remitía a la vinculación del devenir de España con una determinada concepción de la actualidad, ¿cuáles son los temas a los que la historiografía moderna ha dedicado su atención? He de precisar que la referencia a la historiografía moderna ha de entenderse aquí referida a los “jóvenes profesores” a los que aludía SANTAMARÍA en el Prólogo a la reedición de su libro y a los que me he referido más arriba. Incluso es posible que se trate de autores todavía más jóvenes de aquéllos que se encontraban en la mente del profesor SANTAMARÍA, dado que la juventud es, al fin y al cabo, un concepto subjetivo³².

El interés de estos jóvenes profesores por cuestiones históricas no es tan elevado como el de generaciones precedentes y, desde luego, no es tan elevado como el de la generación que publicaba los trabajos mencionados en los años sesenta. No quiere decir esto que la historia se encuentre ausente en los estudios realizados, sino simplemente que no desempeña en el discurso teórico un papel de igual índole al de los debates en torno al origen de la jurisdicción contencioso-administrativa. ¿Qué cuestiones ocupan a la generación de jóvenes administrativistas? Partiendo de las bases históricas y conceptuales asentadas por quienes les han precedido, estos jóvenes administrativistas han centrado su atención en torno a instituciones concretas que justifican, confirman o matizan dichas bases. De ello es muestra, por ejemplo, el interés por cuestiones

27 En *Historia y estupidez nacional: de Andrew Jackson a George W. Bush*, Claves de la Razón Práctica, 164 (2006), pp. 38-41 (traducido también al catalán: *La historia i l'estupidesa nacional*, L'Avenç: Revista de història i cultura”, 314 (2006), pp. 4-7), apud J. FONTANA, *Miedo a la historia*, Diario *El País*, del 11 de junio de 2006. Este último autor plantea en su artículo de opinión que la existencia de un mundo cambiante obliga a hacer nuevas preguntas a la historia.

28 De un sistema, en expresión de J.A. SANTAMARÍA, que terminaría convertido en “el más poderoso instrumento de dominación y, a la vez, en un verdadero signo de los nuevos tiempos”. Cfr. J.A. SANTAMARÍA, *Sobre la génesis...*, cit., p. 175.

29 Il Mulino, Bolonia, 1971. Pese a que el trabajo del profesor S. CASSESE es, con alta probabilidad el más completo, otras obras en Italia dan cuenta de esta cuestión: V. BORSI, *Il primo secolo della letteratura giuridica amministrativa italiana*, “Studi senesi”, 1914, pp. 3ss.; V.E. ORLANDO, *Intorno ad alcune fasi storiche e critiche del diritto amministrativo italiano dopo il 1890*, en la Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1952, pp. 259ss.; L. PICCARDI, *Lo stato attuale della scienza del diritto amministrativo e la responsabilità dei giuristi*, en “Studi vari di diritto pubblico”, Milán, 1968, p. 17 y ss.; O. SCALVANTI, *Legislazione e scienza amministrativa in Italia*, Perugia, 1894; C. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo italiano*, en el Tomo I del “Primo Trattato completo di diritto amministrativo” de V.E. ORLANDO, Milán, 1900, p. 1089 y ss.

30 Consultese al respecto la bibliografía que aparece en J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis...*, cit., p. 32, nota 1, así como en mi propio trabajo S. DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo*, cit., p. 29, nota 1.

31 Véase el libro de T.-R. FERNÁNDEZ, *Una Crónica de la Legislación y la Ciencia Jurídica en la España Contemporánea*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003, en la que se pasa revista no sólo a la evolución de la ciencia jurídico-administrativa, sino también a la de la ciencia jurídica en general. Otros trabajos que versan sobre la materia son los siguientes: “Centenario de los iniciadores de la ciencia jurídico-administrativa española”, Madrid, IEAL, 1944; “Estudios en honor de Colmeiro”, Universidad de Santiago de Compostela, 1950; F. GARRIDO FALLA, *Gli studi di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione in Spagna*, en “Gli studi di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione in Belgio, Francia, Repubblica Federale Tedesca, Spagna e Svizzera”, Milán, Giuffrè, 1965, p. 174 y ss.; A. NIETO, *Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del Derecho Administrativo*, en “Anales de la Universidad de La Laguna”, 1966, separata. En fin, v. J.-C. ALLI ARANGUREN, *La construcción del concepto de Derecho Administrativo español*, Civitas, Madrid, 2006 [prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA].

32 Hoy una persona de treinta años resulta joven a ojos de la sociedad, mientras que hace unos años no era así. Prueba de ello es que la llamada “Generación de la Revista de Administración Pública” apenas tenía esa edad en el momento de fundación de la Revista, tal y como recuerda T.-R. FERNÁNDEZ en su libro ya citado *Una Crónica...*, pp. 106-107.

como el de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, que fue objeto en el pasado de estudios monográficos, pero que ha recobrado en tiempos recientes una fuerza inusitada³³. La eficacia del control ha llevado a otros jóvenes autores a preocuparse por cuestiones de capital importancia, como es la ejecución de las resoluciones judiciales en el ámbito contencioso-administrativo³⁴, o la prejudicialidad administrativa³⁵. La propia noción de Administración Pública aparece en buena parte de los trabajos y se analizan fenómenos modernos como el de la autorregulación regulada o el ejercicio de funciones públicas por sujetos privados³⁶. Se trata, como decía, de continuar líneas de investigación que esta generación ha heredado y que, con gran afán, se esmera por completar, mediante apuntes, matices, añadidos.

¿Existe una gran cuestión que preocupe a la generación mencionada? Entre el conglomerado de asuntos, es posible que quepa deslindar algún elemento común. En primer lugar, parece observarse una concreta obsesión por la *claridad procedimental*³⁷. Existe cierto desconcierto sobre el lugar del Estado y, con él, el lugar de la Administración. Es posible que en un contexto político y social presidido por cierto relativismo, en el que —a diferencia de épocas anteriores y por diferentes motivos— los conceptos o valores no se consideran inmutables, se aprecie la necesidad de dotarse de algún elemento seguro al que aferrarse. Y el elemento que ofrece seguridad puede ser el procedimiento. La preocupación,

casi obsesión, por los principios jurídicos, unida al tremendo éxito (en los trabajos a los que me estoy refiriendo) de fórmulas como la de la ponderación de intereses, podría justificar el aserto³⁸.

En segundo lugar, cabe pensar que existe otro elemento de inseguridad que aflora en los estudios, si bien no lo hace de forma negativa, sino que se concibe como algo positivo y se asume de forma entusiasta. Me refiero a la idea de transformación, transformación procedente del interior (el proceso de descentralización territorial), pero fundamentalmente transformación procedente del exterior. Existen estudios de jóvenes profesores sobre la descentralización territorial³⁹, así como sobre el poder local⁴⁰. Buena parte de los estudios jurídico-administrativos en la actualidad parten de la base, o tienen en consideración de manera señalada, el proceso de integración de España en la hoy Unión Europea⁴¹. Puede apreciarse una suerte de opinión común sobre la bondad del proceso de integración, al menos en lo que al plano jurídico se refiere. Y ello justifica que se dediquen tantos esfuerzos a estudiar las mutaciones que, en virtud de la pertenencia a este ente supranacional, se producen en el ordenamiento jurídico-administrativo español⁴².

No obstante lo anterior, cabe indicar que España, y no sólo la doctrina administrativista —aunque también—, es europeísta, por cuanto “Europa” constituyó en su día uno de los más destacados referentes de la transición hacia la democracia. Europa se

33 Véase, *ad ex*, entre los más recientes, L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2005; O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

34 Cfr. I. MARTÍN DELGADO, *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Marcial Pons, Madrid, 2006; ídem, *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, lustel, Madrid, 2006.

35 Vid. J. MORCILLO MORENO, *La prejudicialidad en el procedimiento administrativo*, Bomarzo, Albacete, 2005.

36 Cfr. M. DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

37 Entre otros pueden verse los trabajos de C. CIERCO SEIRA y, en concreto, su monografía *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, 2002, así como, más recientemente, *La inadmisión en el procedimiento administrativo*, lustel, Madrid, 2009. V. también M^o.I. JIMÉNEZ PLAZA, *Tratamiento procesal del trámite de audiencia*, Atelier, Barcelona, 2004.

38 Al respecto, v. el trabajo pionero de J.M^o. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, así como el tratamiento de la cuestión en un contexto iusfundamental específico, el de la libertad de empresa, en L. ARROYO JIMÉNEZ, *Títulos habilitantes y libertad de empresa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2004. En fin, me remito a L. ORTEGA/S. DE LA SIERRA, *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

39 Una interesante perspectiva para afrontar esta cuestión es el análisis de la repercusión de Internet (un medio tecnológico que desconoce las fronteras) sobre el sistema español de distribución de competencias. Cfr. X. BERNADÍ GIL, *La incidència d'Internet sobre la distribució de competències*, Observatori de l'Evolució de les Institucions, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004.

40 Cfr., a título de ejemplo, las diversas publicaciones de M. ALMEIDA sobre esta cuestión. Entre ellas pudiera destacarse el siguiente título: *Organizaciones para la cooperación entre las Administraciones Públicas en materia de Administración Local*, en J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (coord.), “La modernización del gobierno local: estudios sobre la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local”, Atelier, 2005, pp. 185ss.

41 Uno de los ámbitos en los que con mayor intensidad se aprecia la impronta del Derecho de la Unión Europea es el de los tradicionales servicios públicos que han sido liberalizados. Sobre esta cuestión puede verse, entre otros, E.M^o. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004. En materia de telecomunicaciones, v. por todos M. CARLÓN RUIZ, *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

42 Este es ya un tema clásico desde el no menos clásico trabajo de S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993. La repercusión del Derecho de la Unión Europea ha alcanzado a ámbitos hasta hace poco impensables, como es el Derecho de aguas, circunstancia de la que también han dado cuenta los jóvenes profesores. V., sobre esta cuestión, y entre otros, B. SETUÁIN MENDÍA, *La Directiva-marco sobre el agua: el fin del proceso decisorio y el inicio del aplicativo*, Justicia Administrativa, 11 (2001), pp. 5ss.

concibe como algo positivo. En 2006, fecha en que se celebran los veinte años de pertenencia a la hoy Unión Europea, los faustos y las ceremonias no hicieron sino recordar este hecho, por lo demás conocido y exento de justificación. El Derecho de la Unión Europea –también el del Consejo de Europa– ha sido utilizado como argumento para introducir modificaciones en el ordenamiento jurídico, para justificar reformas o para promover determinadas interpretaciones⁴³. Sin embargo, ese afán europeoista, justificado por los condicionantes históricos y por el hecho mencionado de haber coadyuvado a la consolidación de la democracia, ha evitado el surgimiento de una cierta conciencia crítica que resulta, a mi juicio, necesaria.

El proyecto (jurídico) comunitario europeo es, en mi modestísima opinión, un hecho consumado y nos compete, en tanto que ciudadanos de la Unión Europea ponen los medios para dotar a dicho proyecto de la calidad que ansiamos. Y para ello se ha de enjuiciar de modo crítico el Derecho procedente de las instituciones europeas, no únicamente recibirlo como si, por el mero hecho de “venir de Europa”, fuera la panacea a los problemas. Este es un de los retos en la actualidad. Las mutaciones sufridas por el Derecho Administrativo español a raíz de la adhesión de España a las Comunidades Europeas son ingentes, pero ha llegado la hora de iniciar una reflexión desde los ordenamientos jurídicos nacionales, y en concreto el español - por ser éste nuestro ámbito de referencia - hacia el Derecho comunitario.

Más adelante señalaré cuáles son las carencias fundamentales del modelo comunitario de Derecho Administrativo y cómo los administrativistas nacionales, que han conocido problemas equivalentes, si no idénticos, en el desarrollo de sus respectivas disciplinas, pueden y deben contribuir al debate, repito, desde una perspectiva crítica. El ordenamiento jurídico-administrativo español, no es necesario que insista en ello, hace tiempo que alcanzó la mayoría de edad. Es cierto que todo es perfectible, es cierto que antiguos problemas no se encuentran del todo resueltos y que cada día aparecen nuevos interrogantes. Pero ello ocurre desde la tranquilidad de contar con unas instituciones que funcionan, tanto desde la perspectiva de la eficacia como desde la perspectiva del control. Por ello, esa tranquilidad nos ha de llevar

a pronunciarnos con cierta confianza sobre el devenir jurídico del proyecto europeo.

III. FINES DE LA ADMINISTRACIÓN, FORMAS DE ACCIÓN, PROCEDIMIENTO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El Derecho Administrativo y el modelo de Estado al que corresponde se han visto inmersos en una evolución que ha provocado que los estudios sobre ambos versen sobre cuestiones que a los Consejeros de Estado de Napoleón en el año VIII les hubieran resultado, cuando menos, extrañas. Extrañas por el objeto, toda vez que los fines del Estado y, con ellos, los fines de las Administraciones Públicas, han aumentado en número y en alcance. Extrañas, también, por el sujeto, dado que la modificación del objeto ha exigido la adaptación de las antiguas estructuras administrativas y su sustitución, en determinados supuestos, por otras estructuras más adecuadas a los tiempos.

Desde el punto de vista del objeto, los autores han puesto de manifiesto, como es conocido, un doble fenómeno. Así, si por un lado tradicionalmente se ha debatido en torno a la denominada “huida del Derecho Administrativo”, también se han estudiado las necesidades de la – paradójica, en relación con el fenómeno anterior – ampliación de las competencias de las Administraciones Públicas. En efecto, superado el modelo del Estado gendarme, del Estado que ordena y vigila, surge el Estado Social con la finalidad no ya de imponer límites, sino de establecer las condiciones sociales, económicas y culturales para el adecuado disfrute de los derechos y libertades⁴⁴. El brazo de lo público se extiende, por lo tanto, a un número de sectores más amplio que en épocas anteriores, dado que la remoción de los obstáculos para la obtención de condiciones equivalentes en el disfrute de los derechos y libertades requiere una participación pública en la práctica totalidad de la realidad. Así, en ejercicio de lo que algún autor ha denominado “panexpansionismo administrativo”⁴⁵, ámbitos como el turismo, el consumo, el medio ambiente o la cultura⁴⁶, conviven con cuestiones más clásicas de intervención pública como la sanidad o la educación, y con el todavía más clásico de la policía. El procedimiento, por lo tanto, ha de adaptarse a este contexto.

43 Ello ha sido palmario, por ejemplo, en la tutela cautelar, como se desprende de los trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA recopilados en su libro *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 3º ed., 2004 [reimpresión 2006].

44 Véase ad ex L. PAREJO, *Crisis y renovación del Derecho Público*, Madrid, 1991.

45 Cfr. C. PADRÓS REIG, *Un nuevo modelo de Administración Pública Cultural*, Aedon/Rivista di arti e diritto on line [www.aedon.mulino.it], 1/2002, p. 2.

46 En este contexto, la cultura es un fin añadido, un sector en el que los poderes públicos vienen llamados a actuar, pero es, al mismo tiempo, un medio para la consecución de otros fines, para la intervención en otros sectores. Ello es así porque se han de establecer las bases económicas, sociales y culturales para el efectivo disfrute de los derechos y libertades. El acceso a la cultura se encuentra en ocasiones restringido a ciertos sectores de la sociedad, en general los sectores económicamente más favorecidos. Dado que, las diferencias en el acceso a la cultura pueden redundar en diferencias en la educación y en la preparación, esta circunstancia es susceptible de generar desigualdades en el ámbito político, económico y social. No en vano, determinadas políticas culturales en ciertos países y de la propia Unión Europea se asocian a la lucha contra la exclusión social. Me he referido a estas cuestiones en *Derecho del Cine: Administración Cultural y mercado*, Lustel, Madrid, 2010.

Desde el punto de vista subjetivo, la revolución organizativa a la que se han visto sometidas las Administraciones Públicas ha sido subrayada por la doctrina, tal y como he referido en líneas anteriores. Así, a los análisis sobre la paulatina independencia de determinados organismos competentes en materias consideradas públicas⁴⁷ ha sucedido un interés por un fenómeno que, sin ser nuevo, sí presenta unos perfiles modernos, fruto de su resurgimiento con especial énfasis en ámbitos de singular complejidad técnica, científica o ética: la autorregulación regulada⁴⁸. A ello se añade una cuestión vinculada con las dos mencionadas, pero que posee sustantividad propia, cual es el ejercicio de funciones públicas por sujetos privados o, en la terminología de algunos autores, la externalización de funciones administrativas⁴⁹.

Las mutaciones en el objeto y en el sujeto del Derecho Administrativo conllevan, como consecuencia lógica, la mutación de las modalidades de actuación de las Administraciones Públicas, mutaciones todas ellas que responden a las distintas concepciones que en torno al modelo de Estado se han ido sucediendo en la historia jurídica. Se ha de indicar, además, que las distintas técnicas de intervención administrativa se han ido configurando a medida que los fines del Estado se veían modificados⁵⁰.

«El Derecho es un instrumento político, en la medida que, con el mismo se tratan de encauzar demandas sociales. Es, como se ha repetido de forma reiterada, una alternativa a la guerra o, incluso, a una escala más reducida, una alternativa al duelo».

El Estado policía de los primeros momentos del Siglo XIX, en una etapa inmediatamente posterior a la Revolución Francesa, pretendía –como es sabido– garantizar un orden público en el que la libertad de un determinado individuo no interfiriera en la esfera de libertad del resto de miembros de la colectividad⁵¹. La Administración de este tipo de Estado actuaba por medio de la orden y la imposición, características que coinciden en la categoría del acto administrativo, elemento esen-

47 Véase, a título de ejemplo, entre la abundante bibliografía, A. BETANCOR, *Las Administraciones independientes. Un reto para el Estado Social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994; E. GARCÍA LLOVET, *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, RAP 131 (1993), p. 61 y ss.; E. MALARET, I GARCÍA, *Autoridades independientes y justicia administrativa*, en M.J. MONTORO CHINER (coord.), “La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta”, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 745ss.; J.M. SALA ARQUER, *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*, REDA 42 (1984), p. 401 y ss.

48 Sobre esta cuestión, véase el completo estudio de M. DARNACULLETA I GARDELLA, ya citado. Véase, además, M. DARNACULLETA I GARDELLA/M. TARRÉS VIVES, *Adelgazamiento del Estado y modernización administrativa. A propósito del informe Schlanker Staat, Autonomías*. Revista Catalana de Derecho Público, núm. 26/2000, pp. 317-329; J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002, así como la bibliografía citada por DARNACULLETA en la monografía mencionada.

49 Cfr. C. PADRÓS REIG, *Un nuevo modelo...*, cit., *passim*. Junto a ello permanece la cuestión de los sectores de iniciativa privada fuertemente regulados. Es el caso, por ejemplo, del servicio de taxis. Sobre esta materia, relacionándolo, precisamente, con la organización, v. E. ARGULLOL, *Organización administrativa y servicio de auto-taxis*, Revista Vasca de Administración Pública, 3 (1982), p. 101 y ss. V., además, M. TARRÉS VIVES, *Regulación del taxi. Legislación autonómica y experiencias de Derecho Comparado*, Atelier, Barcelona, 2006.

50 Véase, con carácter general, L. JORDANA DE POZAS, *El problema de los fines de la actividad administrativa*, RAP 4 (1951), pp. 11-38, así como, su pionero artículo *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, en “Revista de Estudios Políticos”, 1949. En el ámbito económico, y con referencia a la actividad de gestión industrial o económica de la Administración, véase, fundamentalmente, J.L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, RAP 3 (1950), pp. 53-129 [más adelante publicaría *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964], además de G. ARIÑO ORTIZ, *Modalidades de actuación administrativa en la vida económica*, en “Principios de Derecho Público Económico”, del mismo autor en colaboración con otros, Comares, Granada, 2º ed., 2001, pp. 245-257 [p. 246]. Con este trabajo, ARIÑO retoma las reflexiones realizadas en una obra anterior: *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993, y opta por incluir la actividad de planificación como una más de las actividades de la Administración. Por su parte, R. PARADA opta por una nueva categoría: la actividad arbitral de la Administración en su trabajo *La actividad administrativa arbitral*, Homenaje a Garrido, II, p. 1173 y ss. En el ámbito local, resulta indispensable la referencia a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, RAP 17 (1955), p. 87 y ss. Con carácter más general, véase J.M. DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983. Como es conocido, la distinción tripartita de la actividad de la Administración (policía, servicio público y fomento) se ha erigido frente a otras, por pecar estas últimas de mayor imprecisión. La oposición “actividad de policía – servicio público” se encuentra ya en la doctrina de algunos países europeos en el momento en que JORDANA DE POZAS, en su artículo citado de 1949, se hace eco de ella y le añade la actividad de fomento como otro tipo de actividad. Una discusión de estas cuestiones puede verse en J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, II, CEURA, Madrid, 3ª ed., p. 247 y ss.

51 ARIÑO, en la obra citada en la nota anterior, se remite en este aspecto a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, RAP 17 (1955), p. 87 y ss.

52 Véase A. BETANCOR, *El acto ejecutivo*, CEC, Madrid, 1989.

cial de la construcción del Derecho Administrativo clásico⁵².

En esta primera época se aprecia, también, una incipiente actividad de fomento y una todavía más incipiente asunción de la prestación de determinados servicios, como pudieran ser los servicios asistenciales o, incluso, el servicio de alumbrado público. Sin embargo, ocioso es recordarlo, la consolidación de la técnica y el concepto de servicio público no se produce hasta la segunda mitad del siglo XIX, momento en el que diversos aspectos de carácter económico y social coadyuvan a su surgimiento⁵³. El desarrollo técnico e industrial genera una demanda en ámbitos como el transporte (de forma destacada, el ferrocarril) o la energía (la necesidad de obtener electricidad y gas para usos domésticos e industriales), ámbitos en los que Estado participa, bien directamente, bien de forma mediata mediante el establecimiento de las condiciones en que dichas actividades habrían de realizarse.

La conciliación entre la necesidad de prestar este tipo de servicios y el liberalismo imperante en la época, que abominaba de la intervención de los poderes públicos en ámbitos de la realidad de carácter económico, llevó a la creación de una técnica que ha perdurado hasta el presente: la concesión administrativa. Con esta técnica, la Administración mantenía y mantiene la dirección sobre el concreto servicio, mientras que la prestación efectiva del mismo es realizada por el sujeto privado que se ha situado en la categoría de concesionario. De esta manera, la concesión se consolida como técnica jurídica básica del nuevo Estado prestador de servicios, del mismo modo que el acto administrativo lo había hecho en un momento anterior, en el contexto del Estado de Policía.

Con el cambio de Siglo, y ante la gravedad de la situación creada, fundamentalmente, por la Primera Guerra Mundial, la Administración ha de asumir la prestación de servicios públicos de forma directa, sentándose de este modo las bases para la siguiente etapa en la evolución del modelo de Estado y de intervención de la Administración en ese contexto. El paso de los años muestra cómo el Estado ha de hacer frente a nuevas necesidades, ha de satisfacer o perseguir nuevos fines. La Administración de este tipo de Estado no es ya una Administración que ha de limitarse a ordenar, a organizar, con mínimas incursiones en la prestación de servicios públicos,

sino que su virtualidad es mayor. La Administración ha de proveer, la Administración ha de procurar, la Administración ha de servir de un modo más intenso que con la “mera” prestación de servicios públicos. Es la Administración – instrumento del Estado Providencia, del Estado asistencial de Ernst FORSTHOFF⁵⁴. Es el embrión del Estado Social. En este contexto, la actividad de fomento adquiere un papel destacado, pero, aun así, las formas clásicas de actividad administrativa muestran sus carencias para dar respuesta a las nuevas necesidades. Algunos autores se han referido a la importancia que la participación del Estado en la Economía cobra en este período. No en vano, recuérdese, la disciplina del Derecho de la Economía surge en esta época, vinculada muy de cerca a las teorías del autor alemán mencionado.

Los años sesenta del Siglo XX dan lugar a la producción de una importante obra científica que surge del Derecho Administrativo propio de la segunda posguerra, un Derecho que evoluciona al compás del desarrollo de la sociedad sobre la que ha de operar. Es una época de bonanza económica generalizada en Europa⁵⁵, si bien España, debido a su situación política, no pudo beneficiarse de dicha bonanza en toda su plenitud. Ello, unido al impulso jurídico ofrecido por la entonces reciente creación de la Comunidad Económica Europea, ofrece un nuevo panorama en el que el Estado, sus posibilidades de intervención, así como los instrumentos de que dispone, se ven modificados. Desde el punto de vista económico, el Estado opta por articular los diversos intereses de los operadores que deciden participar en el mercado, pero se retrotrae y reduce su propia actividad directa en el mismo⁵⁶. En otros contextos, esta posición se traduce en la presencia del Estado como ordenador, como organizador, dejando protagonismo a los diversos grupos forman la sociedad. Se desarrolla, aquí, la teoría de los intereses en el sentido de GIANNINI, de HÄBERLE y de otros autores, entre los que destacará, entre nosotros, Alejandro NIETO⁵⁷.

El nuevo modelo de Estado exige que éste optimice los intereses de los ciudadanos y colabore con ellos para la consecución de determinados fines públicos. Para ello, la distinción clásica de JORDANA DE POZAS puede resultar escasa o, cuanto menos, necesitada de una redefinición. El Estado no sólo vigila, no sólo fomenta, no sólo presta un servicio público, sino que pone los medios a disposición

53 Resulta casi ocioso referirse aquí a la denominada “Escuela de Burdeos” a cuyo frente se sitúa Léon DUGUIT.

54 Me remito a las referencias proporcionadas más arriba al desarrollar los contenidos de esta teoría.

55 Véase, por todos, el acreditado y sencillo estudio del economista R. CAMERON, *Historia económica mundial. Desde el paleolítico hasta el presente*, Alianza Universidad Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1992, pp. 423-448 [“La reconstrucción de la economía mundial”].

56 G. ARINO. *Principios de Derecho Público Económico*, cit., p. 251. “De esta forma en los años 60-70 se consagra la clasificación tradicional de las formas de actuación del Estado en la Economía” [p. 252].

57 A esta cuestión me he referido ya en otro trabajo anterior, al que me remito: *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho Europeo*, cit, pp. 313ss.; G. ARINO lo denomina el “Estado programador y conformador de la vida social”, *Principios de Derecho Público Económico*, cit., p. 251.

de los particulares para que éstos realicen aquellas actividades dirigidas a los fines públicos previstos en el ordenamiento jurídico⁵⁸. Si bien con carácter general es posible que las categorías de fomento y de servicio público puedan cubrir estos supuestos, en la vida cotidiana del Derecho Administrativo las particularidades son tales que resulta complicado reconducirlas a las categorías clásicas⁵⁹. Un nuevo criterio determinante de la actividad administrativa hace su aparición: la referida a la creación de infraestructuras para la realización, por los particulares, de los fines públicos. De este modo, la Administración se erige en gestora y conciliadora de intereses, a través de los oportunos procedimientos, por cuanto entre sus funciones se encuentra la de acercar aquéllos que pudieran resultar compatibles y que se insertan en la constelación de funciones generales que dicha Administración tiene encomendadas. Ello se deduce del Derecho positivo, tal y como ha quedado demostrado en los epígrafes correspondientes a la autorregulación, las agencias o las externalizaciones.

Las novedades que se acaban de referir son, sin duda, fruto de diversas fuerzas. En primer lugar, se encuentra la fuerza interna de las Administraciones españolas: la Administración central, las Administraciones autonómicas y las Administraciones locales, todas ellas insertas en un proceso de reforma que está siendo seguido con suma atención por quienes se dedican al estudio del Derecho Administrativo. En segundo lugar, la fuerza externa del contexto supranacional e internacional, que de modo progresivo modifica no únicamente el ordenamiento jurídico español, sino también las estructuras administrativas encargadas de ponerlo en práctica, cuestión esta menos estudiada pero no por ello menos importante.

Los elementos mencionados en las líneas anteriores sugieren la necesidad de abordar el análisis de los nuevos retos a los que se enfrentan los poderes públicos y, en concreto, las Administraciones Públicas, dedicando una especial atención a la tela de araña que constituye el equilibrio y la garantía de la puesta en aplicación de las medidas diseñadas para afrontar dichos retos. Se sugiere, por lo tanto, la necesidad de abordar la organización administrativa que sostiene tan complejo panorama jurídico, en el que los entes decisores aumentan en número y en el que sus competencias también lo hacen,

así como los procedimientos que determinan el funcionamiento de dicha organización.

1. Los nuevos “sectores de referencia”

Reiterando lo expuesto, cabe señalar que abundan los estudios de los nuevos fenómenos organizativos en el Derecho Administrativo, con palabras clave como “Administraciones independientes”, “agencias” o “autorregulación regulada”. Sin embargo, en línea con ciertas tendencias metodológicas del Derecho Administrativo que postulan una redefinición del mismo sobre la base de nuevos “sectores de referencia” (*Referenzgebiete*), distintos de aquellos que generaron los fundamentos de la disciplina en el Siglo XIX⁶⁰, resulta necesario descender al ámbito de los sectores concretos del ordenamiento jurídico-administrativo. Con ello se trataría de completar los estudios generales, la propia noción de Derecho Administrativo, y contribuir a su desarrollo.

La necesidad de construir una “nueva” teoría del Derecho Administrativo sobre la base de las nuevas realidades se encuentra ya, en cierto modo, en los escritos del granadino Javier DE BURGOS. Así, en los años 40 del Siglo XIX, al hilo de unas conferencias pronunciadas en el Liceo de Granada, quien fuera Primer Ministro de Fomento español afirmaba que “[l]a multiplicidad, el aislamiento, la individualidad, digámoslo así, de los actos que caen bajo el dominio de la Administración, no permite siempre reducirlos a categorías generales, ni sujetarlos a un modo uniforme de protección; y de ahí la dificultad, o más bien la imposibilidad, de una teoría general de la ciencia. El medio de llegar a formarla algún día es reunir por de pronto, y clasificar y comprar en seguida, los datos propios para establecer y fijar la teoría especial de cada uno de los ramos del servicio administrativo”⁶¹. De ello se derivará, continúa este autor, la “gloria de la organización administrativa”⁶². De este modo, se percibe cómo los nuevos sectores de referencia y la organización se encuentran intrínsecamente unidos, son interdependientes. El éxito de cada uno de ellos depende de su colaboración mutua.

Por otro lado, en 1961, el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA afirmaba que la organización administrativa no puede resolverse en función de esquemas abstractos e intercambiables, sino que cada “función material viene a postular un tipo de

58 En ocasiones, incluso, el papel del Estado en ciertos sectores ha de ser todavía definido. Cfr., en materia ambiental, A. EMBID IRUJO, *El papel del Estado en el medio ambiente, ¿vigilante o gestor?*, en F. SOSA WAGNER (coord.), “El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo”, Tirant lo blanch, 2000.

59 Sobre todo ello, me remito a C. PADRÓS REIG, *Un nuevo modelo...*, cit., *passim*.

60 Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, fundamentalmente en su obra *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Berlin, 1998 [traducción al castellano coordinada por J. BARNÉS, “La teoría general del Derecho como sistema”, Marcial Pons, Madrid, 2003]. Puede consultarse, además, E. SCHMIDT-ASSMANN, *El Derecho administrativo general desde una perspectiva europea*, Justicia Administrativa, 13 (2001), pp. 5ss. [traducción de Luis ARROYO JIMÉNEZ].

61 J. DE BURGOS, “Ideas de Administración”, publicadas hoy por el Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pp. 57-58.

62 *Ibidem*, p. 58.

organización”⁶³. Además, reivindicaba este autor la necesidad de proceder al estudio de la organización administrativa desde su consideración como realidad política y no únicamente como entramado “empresarial” dirigido a gestionar los asuntos de Estado, a pesar de que resulte inevitable tener en consideración los principios estructurales que determinan el funcionamiento de dicha organización⁶⁴. Concluía, en fin, reivindicando el auténtico significado de la expresión “Administración pública”, en la que “el adjetivo es algo más que una simple especificación de un género común y más bien tiene la fuerza suficiente para situar a la realidad calificada en un género propio y distinto, dotado de una grave y poderosa individualidad”⁶⁵.

Estas consideraciones resultan igualmente de aplicación al procedimiento administrativo, dado que aquí se parte de la base de la intrínseca relación entre organización y procedimiento. Así, la Constitución Española requiere la existencia de un mínimo denominador común en lo que al procedimiento administrativo se refiere (artículo 149.1.18^o), mandato que en su día se concretó en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁶⁶. Sin embargo, más allá de estas reglas procedimentales comunes, han proliferado numerosos procedimientos singulares en función del tipo de Administración, así como del ámbito material en el que ésta opere. Así, SÁNCHEZ MORÓN indica (citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007) que la cantidad de procedimientos especiales se encuentra cercana a los 2000⁶⁷. Por estas razones, el estudio detallado de la organización se predica también del procedimiento y, por lo tanto, una nueva reflexión sobre el Derecho Administrativo requiere que ambas categorías se estudien de forma conjunta.

2. ¿“Una” organización para Europa? Las Administraciones nacionales como ejecutoras del Derecho de la Unión Europea

La organización administrativa es uno de los elementos que habrían de contribuir al desarrollo de un Derecho Administrativo en Europa. Es un mecanismo de dirección (*Steuerung*), en el sentido querido por la doctrina alemana que busca dicha dirección, dicho objetivo, en el Derecho Administrativo y del Derecho Administrativo⁶⁸. Sobre esta base se ha de realizar una adecuada construcción dogmática que permita dar solución a los distintos problemas que se plantean en la práctica. “La tarea fundamental de la investigación en el Derecho de la Organización consiste en trabajar su dogmática, sin reducir la complejidad de la materia tratada al dato de su interdisciplinariedad”⁶⁹.

El Derecho Administrativo Europeo presenta todavía algunas carencias. Una de las más significativas es la falta de un desarrollo claro de lo que pudieran considerarse sus bases constitucionales⁷⁰. Entre dichas bases constitucionales o, al menos, entre dichos elementos de principio, se encuentran la organización y el procedimiento. El Derecho Administrativo Cooperativo es una variante o concepción del Derecho Administrativo Europeo propuesta, fundamentalmente, por la doctrina europea en Estados que cuentan con cierto grado de descentralización y que, por lo tanto, disponen de cierta experiencia en la materia. Es el caso de Italia y de Alemania, donde diversos autores se han ocupado de esta materia⁷¹.

La relevancia de la cooperación ha sido constatada de forma general, dado que con ella se maximiza la efectividad del Derecho de la Unión Europea y la eficacia de la Administración, tanto nacional como

63 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración Española*, Civitas, Madrid, 6^a ed., 1999 (primera edición en 1961), pp. 39-40. El autor plasma en esta obra, como es conocido, su reflexión sobre las características de la Administración española, características que vienen determinadas por el peculiar y propio devenir histórico de la Administración en España en comparación con las Administraciones en otros Estados, en especial aquellos que en su día sirvieron de modelo. La afirmación realizada, entiendo se puede aplicar al fenómeno ya comentado de ampliación de las competencias de las Administraciones Públicas por ampliación de los fines del Estado.

64 *Ibidem*, p. 39.

65 *Ibidem*, p. 39.

66 El anhelo por reconducir a una cierta unidad los principios fundamentales del procedimiento administrativo en España se retrotraen al 19 de octubre de 1889, fecha en la que se promulgó la primera ley española del Procedimiento Administrativo de alcance general (ley habitualmente conocida como “Ley Azcárate”, debido al Diputado que la promovió, Gumersindo de Azcárate). Esta Ley – que no cumplió su misión armonizadora – fue más tarde sustituida por la Ley de 17 de julio de 1959, de Procedimiento Administrativo.

67 Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *cit.*, p. 481.

68 En este sentido se pronuncia E. SCHMIDT-ASSMANN, en su trabajo, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, *cit.*, pp.

69 Traducción no literal de E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, *cit.*, p. 211: “Die besondere Aufgabe der organisationsrechtlichen Forschung besteht darin, diese in der Regelungsmaterie angelegte Interdisziplinarität nicht zu verdrängen, sondern in der Dogmatik zu verarbeiten”.

70 Aludo a estas cuestiones en S. DE LA SIERRA, *The Constitutional Bases of European Administrative Law*, en EUI Working Papers (“What’s New in European Administrative Law”, dir. Jacques Ziller) 10/2005, p. 27 y ss.; y S. DE LA SIERRA, *Les sources des principes du droit administratif européen*, en J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE/J.-B. AUBY, “Droit Administratif Européen”, Bruylant, Bruselas, 2007, p. 339 y ss. En igual sentido se pronuncia E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverband*, en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, “Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I. Methoden, Massstäbe, Aufgaben, Organisation”, C.H. Beck, Munich, 2006, p. 241 y ss.

71 A ello me he referido en mi trabajo *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo*, *cit.*, p. 84 y ss. Sobre la cooperación y la construcción de redes, v. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsprinzipien...*, *cit.*, p. 25 y ss.

comunitaria⁷². Sabido es que la Administración europea se encuentra compuesta en su mayor parte por las Administraciones nacionales, toda vez que las competencias directas de la Comisión Europea son reducidas⁷³. Sin embargo, pese a la identidad subjetiva, en ocasiones los intereses defendidos pueden ser plurales, más plurales todavía que aquéllos que persiguen las Administraciones nacionales. Por esta razón, y en la medida que, algunos de estos intereses trasciendan su concreto ámbito de actuación, la cooperación organizativa y procedimental se erige en pieza clave del sistema⁷⁴.

Otros elementos han de ser tenidos en consideración en el análisis de la organización administrativa europea. Se trata del surgimiento de tipos de entes o de intervención pública a través de formas organizativas que eran inexistentes o prácticamente inexistentes en el pasado. Este surgimiento, además (este es el dato singular), tiene lugar a raíz de la mimesis, del contagio, de la imitación entre ordenamientos jurídicos. Así, el ya mentado fenómeno de las agencias, que tiene origen en los modelos de organización administrativa de corte anglosajón, se inició en su día en torno a la organización administrativa comunitaria clásica – la Comisión – y se ha ido extendiendo más adelante a los Estados Miembros. El principio de cooperación que se predica del buen funcionamiento de las Administraciones en Europa se extiende, por lo tanto, a las agencias⁷⁵.

El principio de cooperación, las agencias, pero también otros fenómenos de creciente protagonismo en los Derechos nacionales, como la autorregulación regulada y las externalizaciones, constituyen – como en los Estados – elementos que han de ser tenidos en consideración para la construcción de una teoría adecuada sobre la organización administrativa y del procedimiento en Europa y, con ello, para la construcción de un concepto operativo de Derecho Administrativo en Europa⁷⁶. El Derecho Comparado,

una vez más, mostrará su utilidad para la construcción –delicada, pero necesaria– de las bases dogmáticas de tan decisiva cuestión.

IV. DERECHO ADMINISTRATIVO Y GLOBALIZACIÓN: EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El debate sobre la europeización del Derecho Administrativo y sobre la existencia de un Derecho Administrativo Europeo data de antiguo⁷⁷. Se trata de una discusión derivada de la pertenencia a una organización supranacional de la que emanan normas jurídicamente vinculantes tanto para los Estados como para los individuos, organización que dispone, asimismo de un sistema de control jurisdiccional para garantizar el cumplimiento de su Derecho. El tema no se encuentra, ni mucho menos, agotado y comporta una serie de retos para la doctrina, que ésta continúa asumiendo con importantes resultados. Entre las contribuciones más modernas puede destacarse la monografía de M. FROMONT, *Droit administratif des États Européens*, publicada en octubre de 2006⁷⁸, quien comienza su trabajo explicitando su objetivo del siguiente modo: “Este libro tiene como primera ambición la de contribuir a la construcción de Europa, dado que, para nosotros, la Europa unida no puede construirse solamente, en cierto modo, partiendo de arriba, esto es, partiendo de las organizaciones europeas; debe construirse partiendo de la base, la de los Estados nacionales: son ellos quienes han de consentir a las concesiones, incluso a los sacrificios, que son necesarios para actuar juntos. Para hacer esto, es indispensable que los juristas de Europa puedan entenderse; por consiguiente, la comprensión mutua de las concepciones fundamentales de los derechos, en especial de los Derechos Administrativos, es indispensable antes incluso de emprender un cierto acercamiento de los sistemas jurídicos a los valores por los que tan-

72 G. SYDOW, *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

73 Sobre esta cuestión, véase A. ESTELLA DE NORIEGA, *Aspectos introductorios relativos al Derecho Administrativo de las Comunidades Europeas*, en “Manual de Derecho Administrativo Comunitario”, CEURA, Madrid, 2000, p. 1 y ss. En el mismo libro colectivo, véase, además, A.M. MORENO MOLINA, *La Administración Pública de los Estados Miembros como Administración comunitaria. Referencia a la situación española*, p. 145 y ss. Cfr., recientemente, L. MAESO SECO, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario: ejecución indirecta y procedimientos compuestos*, en L. ORTEGA ÁLVAREZ (coord.), “La seguridad integral europea”, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 41 y ss.

74 Me remito, por todos, a F. VELASCO/ J.-P. SCHNEIDER (coords.), *La Unión Administrativa Europea*, cit.

75 Un análisis de los perfiles jurídicos de esta cuestión en Th. GROSS, *Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden*, EuR, Heft 1, 2005, p. 54 y ss. Véase, además, V. H. HELFRITZ, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten der Europäischen Union*, Weissensee, Berlín, 2000.

76 Sobre la eventual codificación del procedimiento administrativo en Europa, v. O. MIR PUIGPELAT, *La codificación del procedimiento administrativo en la Unión Administrativa Europea*, en F. VELASCO/ J.-P. SCHNEIDER (coords.), *La Unión Administrativa Europea*, cit., p. 51 y ss.

77 A ello me he referido en diversas partes de este trabajo. De hecho, se trata de una idea motriz en todas las reflexiones, que confío haya quedado plasmada de forma clara. Como trabajo pionero puede destacarse el de J. RIVERO, *Vers un droit européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, en M. CAPPELLETTI (dir.), “New Perspectives for a Common Law of Europe”, Publicaciones del Instituto Universitario Europeo, vol. I, Florencia, 1968, p. 389 y ss. En los últimos tiempos, los estudios sobre Derecho Administrativo Europeo han tratado de centrarse en cuestiones concretas, algunas de ellas novedosas y que se adentran en el núcleo duro del Derecho Administrativo y en sus difusas fronteras respecto de otras disciplinas, como el Derecho Penal. Véase, a título de ejemplo, L. ORTEGA ÁLVAREZ (dir.), *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

78 PUF, París, 2006.

tos hombres se han batido a lo largo de la última guerra mundial”⁷⁹.

Pese a los retos que todavía plantea el Derecho Administrativo Europeo, algunos administrativistas han comenzado ya a adentrarse en otros terrenos más amplios: el del Derecho Administrativo Internacional. Autores como S. CASSESE en Italia, E. SCHMIDT-ASSMANN en Alemania, J.-B. AUBY en Francia y R. STEWART en Estados Unidos, por citar algunos ejemplos, han comenzado ya a plantearse los interrogantes jurídico-administrativos que plantean la globalización jurídica, de un lado, y la pertenencia a organizaciones internacionales, de otro. En España, si bien no se detecta un movimiento similar desde un punto de vista colectivo⁸⁰, sí que existen contribuciones a esta materia, algunas de las cuales datan de fechas tempranas⁸¹. No se ha de olvidar, de hecho, que la pretensión de crear un Derecho Mundial no sólo se reconduce a I. KANT⁸², sino que incluso fue la pretensión confesada de la disciplina del Derecho Comparado en los primeros momentos de su andadura⁸³.

La relación del Derecho Administrativo con el Derecho Internacional, al igual que acaece con el Derecho Administrativo Europeo, es, por lo menos, doble. De un lado, cabe estudiar la repercusión de las normas internacionales en el Derecho Adminis-

trativo nacional. De otro lado, se ha de analizar la operación de construcción o identificación de un Derecho Administrativo Internacional en el seno, fundamentalmente, de organizaciones internacionales.

La influencia del Derecho Internacional en el Derecho Administrativo nacional puede tener lugar de forma inmediata, con los mecanismos existentes al efecto⁸⁴. Esto ha ocurrido, a título de ejemplo, en el seno de la Organización Mundial del Comercio o a raíz de la adopción del denominado *Codex Alimentarius*, del que derivan unos estándares generales en materia alimentaria que los Estados signatarios han de respetar⁸⁵. La aplicación de unas normas de estas características en el Derecho interno plantea numerosos interrogantes, comenzando por la propia denominación de “normas”. Así, el efecto vinculante de las mismas y, algo más importante, su fuente de producción (fuente no democrática en el sentido habitual del término) generan problemas que han despertado ya, como decía, la “imaginación” de los administrativistas. Además, resulta interesante el fenómeno de la aparición de criterios procedimentales que guían la aplicación de las normas internacionales en cada Estado. Estos criterios, entre los que pueden destacarse la interdicción de la arbitrariedad y la no discriminación, han de ser objeto de observancia general en todos los

79 “Ce livre a pour première ambition de contribuer à la construction de l’Europe, car, selon nous, l’Europe unie ne peut pas se construire seulement en quelque sorte en partant du haut, c’est-à-dire par les organisations européennes; elle doit se construire en partant de la base, celle des États nationaux : ce sont eux qui doivent consentir aux concessions, voire aux sacrifices, qui sont nécessaires pour agir ensemble. Pour ce faire, il est indispensable que les juristes d’Europe puissent se comprendre; par conséquent, la compréhension mutuelle des conceptions fondamentales des droits, spécialement des droits administratifs, est indispensable avant même d’entreprendre un certain rapprochement des systèmes juridiques autour des valeurs pour lesquelles tant d’hommes se sont battus au cours de la dernière guerre mondiale”.

80 Sin embargo, sí es de esperar que en breve surjan trabajos colectivos de estas características, en especial de aquellos autores que se encuentran vinculados con los autores extranjeros mencionados en el seno “cuasi-institucional” del Grupo de Viterbo, coordinado por el profesor S. CASSESE. Sí se ha creado ya una editorial, Derecho Global, en la que se han publicado los volúmenes colectivos coordinados por J. BARNÉS referidos a las transformaciones del Derecho Administrativo.

81 V., a título de ejemplo, A. EMBID IRUJO, *Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de organizaciones internacionales: El caso EUROCONTROL*, REDA 38 (1983), p. 421 y ss. Posteriormente, se elaboraron algunos trabajos en torno a ámbitos concretos de la globalización, como es el caso de la regulación de internet. V. S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red*, Taurus, Madrid, 2000, un estudio en el que el autor se remite a I. KANT como precursor de la idea de cosmopolitismo jurídico (p. 82). Algunos estudios más recientes que analizan la globalización y su repercusión en el Derecho Administrativo son los siguientes: J.-C. ALLI ARANGUREN, *Derecho administrativo y globalización*, Civitas/Cátedra Garrigues, Madrid, 2004; J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación*, RAP 164 (2004), p. 7 y ss.; O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004; A. NIETO GARCÍA, *Globalización y Administración Pública*, en V.A.A., “La globalización más allá de la empresa”, Universitat Jaume I, Castellón (2003), p. 42 y ss.

82 V. nota precedente.

83 Ello fue así en el período de entreguerras, una época de optimismo en la disciplina, en la que se considera que se podrán superar las diferencias existentes entre los dos grandes bloques jurídicos: el del *common law* y el del Derecho continental, o *civil law*. A ello me he referido en S. DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo*, cit., p. 46.

84 Sobre esta cuestión puede verse T. COTTIER, *A Theory of Direct Effect in Global Law*, en A. VON BOGDANDY/P.C. MAVROIDIS/Y. MENY (coords.), “European Integration and International Coordination, Studies in Transnational Economic Law in Honour of C.D. Ehlermann”, La Haya/Londres/Nueva York, 2003, p. 109 y ss.

85 Estos sistemas han sido ya analizados en profundidad por algunos administrativistas. V., entre otros, A.C. AMAN jr., *Globalization, Democracy and the Need for a New Administrative Law*, Indiana Journal of Global Legal Studies, 2003 (10), p. 125 y ss.; S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Giuffrè, Milano, 2003; G. DELLA CANANEA, *Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, European Public Law, vol. 9, núm. 4, 2003, p. 563 y ss.; S. CASSESE, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2004 (3), pp. 657ss.; idem, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2004 (4), p. 901 y ss.; E.D. KINNEY, *The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential*, Administrative Law Review, 2002 (54), p. 415 y ss.

contextos jurídicos, si bien resulta indudable que se pueden plantear fricciones con el ordenamiento jurídico de recepción⁸⁶.

Indicaba en el párrafo anterior que el Derecho Internacional puede tener influencia inmediata en el Derecho Administrativo. Pero cabe añadir que dicha influencia también puede ser mediata. En efecto, y fundamentalmente a través de la pertenencia a la Unión Europea, la normativa internacional puede ir penetrando paulatinamente en los ordenamientos nacionales. Esto ha acaecido, a título de ejemplo, con algunas disposiciones en materia de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, disposiciones procedentes de la Organización Mundial del Comercio y que la Unión Europea asumió en su día. Otros ámbitos materiales, como la agricultura o el audiovisual, se encuentran también, como es conocido, fuertemente condicionados por las negociaciones en el seno de la Organización Mundial del Comercio.

Queda realizar una última referencia al Derecho Administrativo Internacional, dado que hasta ahora únicamente he aludido al Derecho Administrativo nacional internacionalizado. Del mismo modo que existe ya un embrionario Derecho Administrativo Europeo, puede percibirse un germen de Derecho Administrativo Internacional, menos desarrollado, evidentemente, que el primero⁸⁷. De nuevo, como he señalado en repetidas ocasiones, es tarea de los administrativistas la construcción o identificación de un tal Derecho. E insisto en el término "identificación", en la medida en que la doctrina no crea el Derecho, sino que analiza el Derecho existente.

El germen del Derecho Administrativo Internacional ya existe y la doctrina ha de procurar los medios intelectuales para proceder a su análisis sosegado, para criticar los aspectos negativos y para formular propuestas que puedan resultar de utilidad. Y se ha de ser exigente. Se ha de ser exigente del mismo modo que se es exigente en la definición del Derecho Administrativo nacional y en el establecimiento de los oportunos cauces de actuación, de procedimiento y de mecanismos de control de

las Administraciones Públicas. Por esta razón, no resulta impertinente aludir a la necesidad de identificar las bases constitucionales del nuevo Derecho Administrativo Internacional, del mismo modo que más atrás ello se proponía en el ámbito europeo. El marco constitucional del Derecho Administrativo Europeo resulta indispensable, circunstancia que recientemente ha recordado E. SCHMIDT-ASSMANN⁸⁸. Y el marco constitucional resulta asimismo indispensable, como también ha recordado recientemente otro gran administrativista, S. CASSESE, en los siguientes términos: "(...) [s]e ha de considerar, en primer lugar, la constitucionalización del Derecho internacional, por el que se debilitan los dualismos Derecho interno-Derecho internacional, Estado-comunidad internacional. En este orden de cosas, problemáticas enteras del Derecho interno se transfieren al Derecho internacional: por ejemplo, [la doctrina] se pregunta si la Carta de las Naciones Unidas es una Constitución y se adopta un Tratado Constitucional para la Unión Europea"⁸⁹.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Quisiera finalizar retomando, precisamente un interrogante que plantea el profesor S. CASSESE al inicio de su trabajo sobre las tendencias y los problemas del Derecho Administrativo, del que procede la cita reproducida en el párrafo anterior. El autor italiano se pregunta "¿Cuáles son las tendencias actuales del Derecho Administrativo y cuáles son los problemas que dominan en el mismo? Y resulta de sumo interés que el análisis detallado que ofrece lo completa no sólo con sus propias reflexiones, sino con referencias a autores como su maestro, M.S. GIANNINI, y autores de otros Estados, como G. VEDEL, en Francia, o E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en España.

Las tendencias y los problemas del Derecho Administrativo actual los sintetiza S. CASSESE en los siguientes puntos⁹⁰:

1. Desnacionalización del Derecho Administrativo, que deviene un elemento esencial del Derecho Internacional.

86 Sobre esta cuestión, S. CASSESE, *Gamberetti, tartarughe e procedure*, cit., *passim*.

87 Crítico con el "Derecho Administrativo Mundial o Global" se muestra J.-M. PONTIER, *Qu'est-ce que le droit administratif?*, *Actualité Juridique-Droit Administratif* núm. 35 (23 de octubre de 2006), p. 1937 y ss. [p. 1938]. El autor se muestra en desacuerdo con la definición de mínimos que se ofrece del Derecho Administrativo a escala internacional, obviando con ello los esfuerzos de construcción dogmática en los Estados Miembros. Entiendo que la cautela de PONTIER ha de presidir, en efecto, la construcción de un Derecho Administrativo Internacional, del mismo modo que ha de encontrarse presente en la definición del Derecho Administrativo Europeo. La elevación de la definición del Derecho Administrativo a instancias supranacionales o internacionales no ha de redundar en un menoscabo de las garantías obtenidas arduamente durante largo tiempo.

88 Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund*, en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHL, "Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I. Methoden, Massstäbe, Aufgaben, Organisation", C.H. Beck, Munich, 2006, p. 241 y ss.

89 Cfr. S. CASSESE, *Tendenze e problema del diritto amministrativo*, cit., p. 903. Sobre la carta de Naciones Unidas S. CASSESE se refiere al siguiente trabajo de T.M. FRANCK, *Is the U.N. Charter a Constitution?*, en J.A. FROWEIN/K. SCHARIOTH/I. WINKELMANN/R. WOLFRUM, "Verhandeln für den Frieden. Negotiating Peace", Max-Planck-Gesellschaft, Berlín/Heidelberg, 2003, p. 95 y ss.

90 Se trata de una reflexión que el autor había anticipado en otros trabajos: *Crisi e trasformazione del diritto amministrativo*, G.d.a., 1996, p. 869 y ss.; *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2002, p. 27 y ss.; *Il diritto amministrativo nell'ultimo decennio*, G.d.a., 2004, p. 5 y ss.

2. Convergencia de los Derechos Administrativos nacionales, así como aparición de nuevas divergencias y fracturas entre los mismos.
3. Expansión del Derecho Administrativo hacia el Derecho Constitucional, con el que se confunde en ocasiones.
4. Tendencia al establecimiento de un nuevo equilibrio entre lo público y lo privado.
5. Revolución de los derechos, en la medida que, se confiere un mayor número de derechos a los ciudadanos.

Y, concluye el italiano, *“las modificaciones [indicadas] son de tanto alcance que modifican la natura-*

*leza y la estructura de nuestro Derecho: es necesario saber aprehenderlas, para poder analizar la nueva vida que se abre para dicho Derecho”*⁹¹.

Este es el contexto en el que se desenvuelve el nuevo procedimiento administrativo y que ha sido expuesto en las páginas precedentes. El Procedimiento ha cobrado nuevo auge de la mano del mandato constitucional de eficacia administrativa y puede consolidarse, además, como un elemento fundamental de coordinación en un sistema multipolar de organizaciones administrativas. Los desafíos para su correcta configuración, entre los que se incluyen los tecnológicos, han dotado a esta institución clásica de un renovado interés, circunstancia que augura una intensa producción bibliográfica ... y normativa a nivel nacional e internacional. CA

91 Vid. p. 902.