

# Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo \*

1. TOCQUEVILLE —en el libro *La democracia en América*— afirmaba que «a medida que las condiciones se igualan, los individuos aparecen más pequeños y la sociedad más grande, y la idea de un derecho inherente a ciertos individuos desaparece rápidamente para dejar sitio al derecho omnipotente de la sociedad». El derecho omnipotente de la sociedad de la que hablaba TOCQUEVILLE es el Derecho administrativo.

En la época en la que escribía TOCQUEVILLE —mitad del siglo pasado— el Derecho administrativo apenas había nacido; desde entonces, aquél ha sufrido cambios radicales. Como lo prueba el hecho de que hace sesenta años se constituyera el denominado «sector público industrial» —esto es, las empresas públicas— como producto de la crisis económica mundial, para ser después, hoy, las mismas empresas públicas en vía de privatización. Las transformaciones son en tal forma relevantes que un estudioso alemán ha hecho notar cómo en el análisis del Derecho administrativo dominan hoy cinco (*sic*) palabras: cambio, revolución, reforma, transición, ruptura, crisis.

---

Traducción: Miguel CASINO RUBIO.

\* Tomado del *Giornale di Diritto amministrativo*, núm. 9/1996.

Siendo el apuntado proceso de transformación tan rápido, ¿es posible sintetizar la línea de tendencia de este proceso, individualizando sus puntos de partida y de destino? En este trabajo se tratará de responder a esta pregunta.

2. El punto de partida del Derecho administrativo es bien simple: éste nace vinculado al Estado, a la ley y a los jueces. El Derecho administrativo es, en consecuencia, Derecho estatal, manifestación del poder vinculado a la ley y, finalmente, objeto del control de los jueces.

Explicemos por qué esta vinculación del Derecho administrativo al Estado, a la ley y a los jueces. El Derecho administrativo está vinculado al Estado en cuanto Derecho creado y utilizado por uno de los tres poderes del Estado, es decir, por el poder ejecutivo. La división de poderes —como es conocido— es un instrumento práctico no un principio de Derecho positivo, al punto que en la Constitución italiana están designados y distribuidos dos poderes —arts. 70 y 102, relativos al poder legislativo y judicial, respectivamente—, sin que esté prevista ni la identificación ni la ubicación del poder ejecutivo. Con todo, el artículo 95 de la Constitución, según el cual los Ministros son responsables colegiadamente de los actos del Consejo de Ministros e individualmente de los actos de sus respectivos departamentos, constituye —de acuerdo con la opinión común— la prueba de que el Derecho administrativo es un Derecho vinculado al Estado. De otra parte, la «autarquía» representa, para la doctrina tradicional, el atributo propio de aquellas autoridades administrativas que, no formando parte del Estado, pueden dictar actos que en sus efectos son equiparables a los actos del Estado, de tal forma que todos los institutos del Derecho administrativo son, en cierta forma, referibles al Estado. El Derecho administrativo es, por tanto, antes que nada, un Derecho del Estado.

La segunda conexión —la que se expresa en la vinculación del Derecho administrativo a la ley— tiene dos significados diversos. La ley cumple un primer papel de protección de los ciudadanos frente a la Administración. Para comprender este primer significado del principio de legalidad pueden confrontarse las siguientes dos frases. La primera —de un miembro del partido nacionalsocialista, después presidente del Tribunal administrativo del III Reich— afirma que «una Administración sana no necesita de ninguna ley ni de ningún reglamento (*ein gesunde Verwaltung braucht keine Paragraphen*); según la segunda —escrita por uno de los más notables jueces constitucionales americanos, William O. Douglas, en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *U.S. v. Wunderlich*, 342 U.S. 98, 101 (1956)— «el

Derecho ha alcanzado sus momentos más altos cuando ha liberado al hombre de la discrecionalidad ilimitada de cualquier gobernante, militar, funcionario civil o burócrata. Donde la discrecionalidad es absoluta, el hombre siempre ha sufrido» (*Law has reached its finest moments when it has freed man from y he unlimited discretion of same ruler, some civil o militar official, some bureaucrat. Where discretion is absolute, man has always suffered*). La limitación de la discrecionalidad constituyó el argumento principal que impulsó a Savio Spaventa a luchar, a finales del XIX, por la justicia de la Administración.

El segundo papel de la ley consiste en dirigir la Administración pública. Aquí la ley no es tanto un instrumento de protección de los ciudadanos frente a la Administración —y por tanto un instrumento para controlar su discrecionalidad— cuanto, más bien, un instrumento para guiar a la Administración. Esto —según es sabido— es el efecto de la extensión del sufragio, de la admisión de un número creciente de personas con derecho al sufragio activo y, en consecuencia, de la afirmación del concepto de democracia, que resumidamente da lugar al siguiente silogismo: la dirección del Gobierno y la Administración está atribuida a quien resulta elegido, quien se sienta en el Parlamento, que adopta las leyes.

La tercera vinculación —la consistente en la sujeción del Derecho administrativo a los jueces— tiene también un doble significado: de instrumento de protección de los ciudadanos y de instrumento de guía de la Administración. El poder administrativo está sujeto al control de los jueces; cuando no lo está, se transforma en arbitrariedad. Justamente en los orígenes del Derecho administrativo se suscitó el problema de si podía existir una Administración exenta de control judicial o si aquélla debía estar sujeta al juez; e incluso, si la Administración debía estar sujeta al juez de Derecho común, esto es, al mismo juez que resuelve las controversias entre ciudadanos o, por el contrario, a un juez especial (Consejo de Estado). Hoy el principio está establecido en el artículo 113 de la Constitución, en base al cual contra los actos de la Administración pública siempre cabe recurso ante los jueces. Los jueces intervienen ampliamente en la actividad administrativa: en los años setenta, el número de decisiones judiciales rondaba las cuatro mil al año; hoy son cerca de cuarenta y cinco mil.

La vinculación del Derecho administrativo al juez es tan fuerte que bien puede deducirse que el Derecho administrativo se ha construido durante el siglo XIX —siguiendo la expresión de un conocido administrativista francés— «sobre las rodillas del Con-

sejo de Estado». De otra parte, los primeros estudiosos del Derecho administrativo —como es sabido— eran consejeros de Estado y, al mismo tiempo, profesores universitarios y autores de los primeros tratados de Derecho administrativo; todavía hoy, en los países anglosajones, la actividad de los jueces en materia de Administración pública es la llave de interpretación del Derecho administrativo mismo.

3. Hasta ahora hemos visto que el punto de partida del Derecho administrativo está caracterizado por su vinculación al Estado, a la ley y a los jueces. Veamos ahora cómo ha cambiado todo esto.

Aunque en forma distinta, los tres aspectos comentados han sufrido una transformación. El primero —la vinculación al Estado— se ha visto rebajado como consecuencia de la crisis de los dos paradigmas sobre los que se asentaba la teoría del Estado aplicada al Derecho administrativo, a saber: el del Estado como centro y el del Estado como unidad.

a) El concepto del Estado como centro ha sido puesto en cuestión como consecuencia de dos fenómenos que, en medida diversa, han roto las barreras nacionales. El primero es el representado por la aparición de organismos multilaterales e internacionales que controlan sectores de actividad hasta entonces de exclusivo dominio del Estado; tales como —por ejemplo— el sistema monetario y el mercado de valores, la actividad de policía, la defensa, el uso de las plataformas marinas, el uso del espacio, el transporte aéreo, el comercio de bienes (la organización mundial del comercio es una de las más recientes organizaciones internacionales).

Por tanto, allá donde los Estados detentaban anteriormente el centro de la disciplina de tales actividades, hoy, en cambio, aquéllos están cada vez más sujetos al control de organismos compuestos por más Estados. Los reguladores nacionales ceden el control a los mercados globales. Aún más: los Estados no compiten ya —como sucedía en el siglo XIX o en el inicio del XX— por defender su propio territorio, sino por conquistar los mercados, transformándose de guardianes de la seguridad nacional en guardianes de la inseguridad de las naciones, en un mercado que no posee ya barreras nacionales.

El elemento característico de estos organismos multinacionales e internacionales es doble: desde el punto de vista estructural, están relativamente poco desarrollados, en cuanto representan «campos» de los gobiernos nacionales y tienen una baja tasa de organización institucional; desde el punto de vista funcional, descansan esencialmente sobre las negociaciones, sobre los pro-

cedimientos informales y, por tanto, en su conjunto se presentan casi como estructuras de tipo asociativo, como una asociación de «élites».

Estos organismos en algunos sectores concretos están más desarrollados y en otros menos, pero existen ya por doquier. Es suficientemente expresivo el ejemplo de la policía a nivel mundial: existen una organización mundial —la Interpol— con más de un millar de empleados fijos, una europea —la Europol— y, por último, una organización de policía propia de un grupo de países europeos.

De donde resulta que no es verdad ya que los organismos internacionales carezcan de los atributos propios de la soberanía estatal, admitiendo que los Estados hayan tenido siempre a su vez tales atributos (ejército, relaciones exteriores, policía, etc.).

El segundo fenómeno que pone en cuestión el concepto de Estado como centro es el que representa la formación de organismos supranacionales. El mejor ejemplo es la Unión Europea que conoce desarrollos interesantes, como la transferencia de funciones nacionales al plano supranacional, la conexión entre el ámbito supranacional y el infranacional, la expansión de las relaciones transnacionales entre los organismos nacionales y los organismos infranacionales de nivel regional y local (son cerca de diez mil las instituciones representativas de intereses nacionales que tienen sede en Bruselas y cerca de ochenta las oficinas de las regiones o autoridades autónomas reconocidas).

Para comprender este fenómeno de «perforación» del Estado es preciso tener en cuenta no sólo que se ha desarrollado un sistema en el que los Estados se organizan más allá del área estatal, sino también que las entidades infranacionales se han organizado en red, que se conectan con las entidades supranacionales, saltando —por así decirlo— por encima de los propios Estados (baste pensar en el Comité de las Regiones, creado por el Tratado de Maastricht en la Unión Europea).

Parte de la ciencia jurídica sostiene aún que la Unión no constituye un ordenamiento general, es decir, que no es una estructura política primaria, porque no tiene una policía o un ejército. Sin embargo, con todo, baste recordar que una de las mayores potencias mundiales del siglo XIX (Inglaterra) era ciertamente un Estado que no obstante no poseía una policía nacional (función que, hasta fechas recientes, correspondía a las autoridades locales).

Otro aspecto interesante de estos organismos supranacionales (que no han surgido solamente en Europa, sino en todo el mundo, como por ejemplo en la América del Sur), es que

disponen de poderes normativos, administrativos y judiciales, aunque no hayan desarrollado siempre y en todo caso las tres ramas correspondientes. Por ejemplo, en la Unión Europea, mientras el poder judicial es autónomo, el administrativo y normativo no están entre sí nítidamente separados. La prueba es que la motivación de los actos, normalmente prevista en los Estados miembros sólo por relación a los actos administrativos, está establecida en el ordenamiento comunitario-europeo también para los actos normativos: existe comunidad de principios entre el poder normativo y el poder administrativo.

La Unión, por tanto, no funciona con poderes separados sino con poderes compartidos. De hecho, aunque el poder de iniciativa legislativa corresponde en principio a la Comisión, en la realidad, ésta lo ejerce conjuntamente con el Consejo y con los propios Estados miembros a través de los cerca de seiscientos Comités existentes —en el seno de la Unión— de representantes de los Estados (éstos, creados para tener bajo control nacional a la Comisión, vienen de hecho siendo utilizados para permitir a la Comisión alcanzar el consenso de las burocracias nacionales sobre las propias decisiones).

El poder de decisión corresponde al Consejo, que es el órgano intergubernamental, pero realmente se manifiesta con el voto por mayoría cualificada y con los procedimientos de cooperación y de codecisión introducidos por el Tratado de Maastricht, que prevén un verdadero y propio poder de coordinación en manos de la Comisión, con lo cual, en consecuencia, el Consejo comparte tal poder. El voto por mayoría cualificada comporta que un grupo de Estados miembros controla la actividad de la Comunidad. Los procedimientos de cooperación y de codecisión hacen que el Consejo no pueda adoptar normas sin el acuerdo o de la Comisión o del Parlamento. La Comisión, único centro de coordinación, acaba por asumir la dirección del procedimiento de decisión.

La aplicación de las decisiones comunitarias corresponde a los Estados miembros; sin embargo, de hecho, tal tarea se cumple bajo la dirección de la Comisión.

Resulta de todo lo anterior un gobierno a muchos niveles, donde dominan la superposiciones, las interferencias, la recíproca interdependencia, la complementariedad y una altísima complejidad procedimental.

En resumen, de un lado, estos organismos trascienden al Estado; de otro, se desarrollan sobre la base de un principio opuesto al del Estado, en tanto que no lo hacen sobre el principio

de la especialización de los poderes, sino sobre el de los poderes compartidos.

b) Cuanto antecede permite explicar la segunda tendencia más arriba anunciada, esto es, la tendencia del Estado a perder las características de unidad propias de su estructura originaria, organizada jerárquicamente o de ordenamiento compacto. Asistimos, en verdad, a una suerte de disgregación o pérdida de coherencia y unidad, en la medida que los poderes públicos estatales tienden a organizarse progresivamente en forma de «red». Los Estados se convierten así en «porosos».

Un ejemplo en este sentido es el de la normativa antiblanqueo (Decreto-ley de 3 de mayo de 1991, núm. 143, convertido en Ley de 5 de julio de 1991, núm. 197), que regula la colaboración entre las autoridades en el sector. Aquella establece que «en derogación de la obligación y el deber de guardar secreto de oficio, las autoridades administrativas que ejercen la vigilancia sobre las entidades crediticias y otras entidades, sociedades e industrias previstas en el artículo 4 pueden intercambiarse informaciones y colaborar, en condiciones de reciprocidad, con las autoridades administrativas competentes de los Estados extranjeros para la consecución de los fines previstos en el presente decreto». Lo que significa que las autoridades del sector, aunque obligadas a respetar el secreto de oficio con las demás autoridades nacionales, pueden excepcionar tal obligación en las relaciones con las autoridades del sector de otros Estados, en condiciones de reciprocidad. Así, se confirma la «desunión» del Estado y se refuerza la unión entre organismos ordenados en «red».

4. Hasta aquí se ha examinado la pérdida de la vinculación del Derecho administrativo al Estado. La segunda transformación —de la que se hablará más brevemente— es la constituida por la crisis de la vinculación de aquél a la ley.

Esta crisis comprende tres aspectos. El primero expresa la propia crisis de la ley y de la concepción omnicompreensiva, rousseauiana del Parlamento. Baste un ejemplo: el concepto mismo de democracia dúctil (*mite*)<sup>1</sup> —como ha sido puesto de manifiesto recientemente— implica que la Administración pública deba estarse a la ley, y que, a su vez, ésta deba corresponder al dictado por la Constitución. En estas condiciones, la previsión de un ley superior (*higher law*) puede implicar que la actividad de

<sup>1</sup> N. del T.: La traducción del término *mite* no resulta fácil. Literalmente significa suave, dócil, bondadoso... Si aquí se ha optado por traducirlo por «dúctil» ha sido porque ésta es la traducción dada entre nosotros al libro de G. ZAGREBELSKY titulado justamente *Diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

una autoridad administrativa, aunque siendo plenamente legítima según el primer criterio, sea ilegítima constitucionalmente. Consecuentemente, no existe sólo la legitimidad tradicional de la Administración sino una legitimidad añadida, superior a la propia ley.

El segundo aspecto alude a la legitimidad entendida como mero obsequio de la ley. Sólo en un número reducido de casos, el juez verifica que la medida administrativa sometida a su control contiene una regla contraria a lo dispuesto por la ley. Supuestos manifiestos de violación de ley son, en verdad, extraños, siendo por el contrario muchos más frecuentes los casos en los que el juez aplica los criterios generales (congruencia, coherencia, lógica, proporcionalidad y otros), a menudo por él mismo dictados. La Ley, por tanto, no es ya suficiente; además de las leyes, existen principios que los mismos jueces van creando, al punto que la doctrina francesa no habla ya de principio de legalidad sino de *règle de droit*.

El tercer aspecto resulta de cuanto antecede: no existe sólo un legitimidad estatal sino también una legitimidad superior, derivada de las normas de la Unión Europea. Las Administraciones públicas deben respetar no sólo la primera sino también esta segunda. El Derecho administrativo, a su vez, es creado en parte por la Unión y en parte está constituido por principios comunes de los ordenamientos jurídicos del área europea y reconocidos en el ordenamiento europeo.

La Constitución, la *règle de droit*, el Derecho comunitario europeo, si rebajan la exclusiva dependencia del Derecho administrativo de la ley estatal (por lo que el Derecho administrativo es cada vez menos un Derecho surgido del Parlamento nacional), someten a la Administración a un número siempre creciente de vínculos.

A esto se añade que la propia burocracia, por otra parte, está cada vez más interesada en recurrir a la ley. Consagrar en ley decisiones administrativas evita, de un lado, a la Administración el deber de asumir una responsabilidad directa. De otro, coloca las decisiones administrativas bajo la protección del Parlamento, evitando que sobre aquéllas puedan pronunciarse jueces que —como veremos— son cada vez más incisivos.

A estas tendencias contradictorias se añade todavía una más, resultado de la necesidad de dejar un espacio autónomo de decisión a la Administración. Ésta, para atender la enorme suma de intereses confiados, no puede ser una máquina simplemente ejecutora. Si debe ser responsable no sólo ante a la ley, sino también de los resultados de su acción ante los ciudadanos, debe

disponer de espacios libres. De ahí que tenga poderes autónomos de gestión.

Emergen, en conclusión, numerosas paradojas. De un lado, la Administración se protege a menudo bajo decisiones materialmente administrativas, pero formalmente legislativas; de otro, a la Administración se le reclama mayor autonomía. De un lado, la vinculación a la ley se convierte más fuerte; de otro, ésta se atenúa, porque adquieren importancia otros vínculos, como los que derivan de la Constitución, de los principios jurídicos de origen jurisprudencial y del Derecho comunitario europeo.

5. El tercer cambio es el relativo a la vinculación del Derecho administrativo al juez. A este respecto, el cambio fundamental de los últimos años es el siguiente: las intervenciones otrora esporádicas de los jueces en materia de Administración pública se han convertido en intervenciones generales. Esto significa que cada procedimiento administrativo relevante prosigue y se concluye en un proceso contencioso, bajo el control del juez. Consecuentemente, la idea tradicional de la distinción entre la Administración y la justicia administrativa —esto es, la neta separación entre quien decide y quien controla en sede judicial— ha desaparecido.

Al recurso frecuente de los ciudadanos al juez se añade ahora el activismo de estos últimos. Árbitros una vez solamente de la medida administrativa, se han convertido, después, también en jueces del entero procedimiento. De la decisión administrativa han extendido su examen a la relación administrativa. No vacilan en ejercer una forma de justicia arbitral que va más allá del juicio de legalidad, hasta transformarse en verdaderos y propios «cadiés», valorando incluso actos políticos (por ejemplo, respuestas del Gobierno a interpelaciones parlamentarias), mezclando oportunidad y legalidad, derecho, equidad y justicia.

Estos desarrollos, si bien pueden en algún caso satisfacer expectativas de los ciudadanos que, en otro caso, no podrían llegar a ser satisfechas, producen desajustes en general nada desdeñables. Los oficios públicos y sus titulares, de hecho ya atemorizados por las intervenciones del juez penal (aunque este aspecto no es abordado aquí, resulta ser una de las causas mayores de la actual inercia administrativa) terminan por someterse al juez con la misma rapidez con la que, por otro lado, recurren a la ley. Si bien el recurso a esta última se deba a menudo —como se ha señalado— al propósito de sustraerse al control judicial, los dos fenómenos coinciden en producir conjuntamente una verdadera y auténtica fuga de la Administración.

En segundo lugar, aunque no existen en el ordenamiento italiano las denominadas *class action* —acciones promovidas por un particular pero que producen efectos respecto al entero colectivo interesado en el que aquél se integra— las decisiones de los jueces en los casos que afecten a más personas determinan asimismo efectos en las controversias de todo el colectivo y, por tanto, resultados que trascienden al singular sujeto interesado. El ordenamiento jurídico tiende a extender en vía administrativa los efectos de las decisiones judiciales, con intentos —un tanto desafortunados— de leyes recientes (Ley de 23 de diciembre de 1994, núm. 724, art. 22.34) de formular un reparo, siquiera parcial, a este fenómeno.

Con todo si, de un lado, la sujeción de la Administración al juez se ha reforzado, de otro, aquélla ha entrado en crisis, desde el momento que junto al juez nacional coexisten un Tribunal de primera Instancia de la Comunidad y el Tribunal de Justicia. Lo cual implica que además del juez nacional, que utiliza el Derecho administrativo interno, existen también jueces supranacionales, que se sirven del Derecho administrativo comunitario europeo, en la función de protección de los ciudadanos frente a la Administración nacional. De donde resulta que el ciudadano comunitario europeo es tutelado por partida doble: primero por un juez y un Derecho nacionales y, segundo, por un juez y un Derecho supranacionales.

Por último, la penetración de los jueces en la actividad administrativa, en los términos descritos, dificulta la utilización por la Administración de los medios tradicionales de reacción frente a lo juzgado, tales como la ejecución parcial, la demora en la ejecución, la adopción de una nueva decisión administrativa o la legislación de convalidación.

Tres conclusiones resultan de este análisis. Primera: el Derecho administrativo es cada vez menos estatal, aunque no por esto resulta desvinculado del Derecho. Antes al contrario, aquél resulta vinculado a una pluralidad de derechos y ordenamientos. Segunda: el Derecho administrativo está sometido cada vez más a las decisiones judiciales, con la consecuencia de que, al día de hoy, administrar y juzgar tienden a reunirse en una sola función. Tercera: la irrupción de nuevos vínculos (constitucionales, jurídicos, comunitarios) y la guía de la Administración asumida por los jueces reducen el espacio de la gestión administrativa, justamente cuando ésta es más necesaria.

A causa de tantas transformaciones, ¿el Derecho administrativo está realmente en crisis? A esta cuestión puede responderse, sintéticamente, que si tal crisis existe, ésta afecta más a lo adjetivo

que a lo sustantivo, porque el Derecho circunda cada vez más a la Administración y está en plena evolución. Y a lo dicho puede añadirse que si la crisis existe, no es tanto una crisis del ordenamiento cuanto una crisis intelectual y por ende relativa a la capacidad de análisis de un ciencia jurídica habituada desde antiguo a una historia fría, sin apenas cambios, que permitía actuar por mera acumulación y perfeccionamiento de las técnicas existentes.



# Documentación

