

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
LUIS ARROYO JIMÉNEZ
(Coords.)

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOLUMEN I

Introducción. Fundamentos

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

SUMARIO

Pág.

I. INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO, <i>por Francisco Velasco Caballero</i>	37
CAPÍTULO 2. HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (I). DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO AUTORITARIO, <i>por Luis Medina Alcoz</i>	95
CAPÍTULO 3. HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (II). DEL ESTADO AUTORITARIO AL ESTADO CONSTITUCIONAL, <i>por Luis Medina Alcoz</i>	229
CAPÍTULO 4. HISTORIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA, <i>por Marcos Almeida Cerredá</i>	329
CAPÍTULO 5. RASGOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO, <i>por María Mercè Darnaculleta Gardella</i>	377
CAPÍTULO 6. METODOLOGÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, <i>por Silvia Díez Sastre y José María Rodríguez de Santiago</i>	443
CAPÍTULO 7. EL ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR DEL DERECHO PÚBLICO, <i>por Borja Barragué Calvo y Gabriel Doménech Pascual</i>	495

II. FUNDAMENTOS

CAPÍTULO 8. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, <i>por Luis Arroyo Jiménez</i>	561
CAPÍTULO 9. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO INTERNACIONAL, <i>por Rosario Leñero Bohórquez y María Mercè Darnaculleta Gardella</i>	665

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO 10. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, <i>por Daniel Sarmiento y Xavier Codina García-Andrade</i>	743
CAPÍTULO 11. SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATI- VO, <i>por José María Rodríguez de Santiago</i>	777
CAPÍTULO 12. EL JUEGO DEL LEGISLADOR, LA ADMINISTRACIÓN Y EL JUEZ, <i>por Gabriel Doménech Pascual</i>	861

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	25
ABREVIATURAS	29
RELACIÓN DE AUTORES Y AUTORAS	33

I. INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO, por Francisco Velasco Caballero	37
I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DATO EMPÍRICO UNI- VERSAL	37
II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	39
III. RELATIVIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	45
1. Coexistencia con el Derecho común.....	45
2. Expansión.....	47
3. Sectorialidad	49
IV. TIPOS DE DERECHOS ADMINISTRATIVOS	50
V. COMPOSICIÓN: ENTRE NORMAS Y TEORÍAS.....	60
VI. FUNCIONES	65
VII. IDEAS ORDENADORAS.....	67
1. Parte general <i>versus</i> parte especial.....	67
2. Formas de la actuación administrativa.....	73
3. Tipos de actividad administrativa.....	77

	Pág.
4. <i>Ad intra versus ad extra</i>	83
5. Tipos organizativos de la Administración	85
VIII. BIBLIOGRAFÍA	86
CAPÍTULO 2. HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (I). DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO AUTORITARIO, por Luis Medina Alcoz...	95
I. PRESENTACIÓN	96
II. ESTADO	100
1. Liberalismo	100
1.1. Orígenes	100
1.2. Liberalismo revolucionario	102
1.3. Liberalismo gaditano	105
2. Reacción absolutista	108
3. Liberalismo conservador	111
3.1. El liberalismo conservador, en general	111
3.2. El liberalismo conservador en España	114
4. Crisis del liberalismo	117
III. ADMINISTRACIÓN	119
1. Planteamiento	119
2. Antecedentes históricos	120
2.1. Concepción «panjudicial» del poder. Aparición de los negocios gubernativos y los órganos ejecutivos	120
2.2. La llamada monarquía «administrativa» de los Borbones	126
2.3. Lógica gubernativa y división de poderes	130
3. Creación de la administración y del Estado administrativo	133
3.1. Irrupción de la administración	133
3.2. Construcción del Estado administrativo español	135
4. Funciones	142
4.1. Liberalismo racionalista y Estado mínimo	142
4.2. Liberalismo español y Estado amplio	143
4.3. Crisis del liberalismo y Estado nodriza	147
5. Organización	149
5.1. Liberalismo español y organización administrativa amplia y racionalizada	149
5.2. Crisis del liberalismo y crecimiento exponencial de la organización administrativa	154
6. Poderes y privilegios	157
6.1. Discrecionalidad administrativa y potestad reglamentaria	157
6.1.1. Liberalismo revolucionario y vinculación positiva a la ley...	157

	Pág.
6.1.2. Liberalismo español y vinculación negativa a la ley	158
6.1.3. Crisis del liberalismo y reforzamiento del poder gubernamental	162
6.2. Justicia administrativa.....	164
6.2.1. Liberalismo clásico y negación de la justicia administrativa	164
6.2.2. Liberalismo conservador y afirmación de la justicia administrativa.....	168
6.2.3. Crisis del liberalismo y reafirmación de la justicia administrativa	172
6.3. Autotutela administrativa	173
6.4. Potestad sancionadora.....	175
6.5. Expropiación forzosa	177
IV. DERECHO ADMINISTRATIVO	181
1. Derecho en sentido subjetivo	181
1.1. Liberalismo clásico y afirmación del derecho subjetivo.....	181
1.2. Liberalismo conservador y negación del derecho subjetivo frente a la potestad administrativa	185
1.2.1. Planteamiento general y contexto europeo	185
1.2.2. El derecho subjetivo de carácter administrativo como derecho «secundario» o «imperfecto»	190
1.3. Crisis del liberalismo y negación del derecho subjetivo como categoría	196
1.4. Consideraciones finales	199
2. Derecho en sentido objetivo.....	200
2.1. Liberalismo clásico y unidad ideal de todo el Derecho	200
2.2. Liberalismo conservador, ruptura de la unidad ideal del Derecho y surgimiento del Derecho administrativo.....	203
2.3. El Derecho administrativo como Derecho más autoritario que garantista.....	208
2.3.1. Elementos de garantía.....	208
2.3.2. Estructura autoritaria	216
2.4. El Derecho administrativo como Derecho especial	220
2.4.1. Afirmación y desarrollo de la especialidad	220
2.4.2. Totalitarismo y superación de la dicotomía Derecho administrativo/Derecho civil.....	226
CAPÍTULO 3. HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (II). DEL ESTADO AUTORITARIO AL ESTADO CONSTITUCIONAL, por Luis Medina Alcoz.....	229
I. ESTADO	229

	Pág.
1. El nuevo constitucionalismo europeo	229
2. El nuevo constitucionalismo en España	232
2.1. Estado de Derecho administrativo sin libertad política ni derechos fundamentales	232
2.2. Estado social y democrático de Derecho de la Unión Europea	235
II. ADMINISTRACIÓN	239
1. Funciones	239
2. Organización	242
3. Poderes y privilegios	247
3.1. Discrecionalidad administrativa y potestad reglamentaria	248
3.1.1. Desconfianza en la administración y vinculación positiva a la ley	248
3.1.2. Confianza en la administración y vinculación negativa a la ley	252
3.2. Jurisdicción contencioso-administrativa	256
3.2.1. Protección judicial plena del ciudadano	256
3.2.2. Protección judicial e interés general	260
3.3. Autotutela administrativa	262
3.4. Potestad sancionadora	265
3.5. Expropiación forzosa	267
III. DERECHO ADMINISTRATIVO	271
1. Derecho en sentido subjetivo	271
1.1. La protección de los derechos: el derecho subjetivo como auto- nomía de la voluntad	271
1.1.1. La recuperación del concepto iusnaturalista de derecho subjetivo, en general	271
1.1.2. La recuperación del concepto iusnaturalista de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español, en par- ticular	277
1.2. La regulación de los derechos: el derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido	280
2. Derecho en sentido objetivo	283
2.1. Un Derecho administrativo de equilibrio entre privilegios y ga- rantías	283
2.1.1. Planteamiento general	283
2.1.2. En particular, la responsabilidad civil/patrimonial de la Ad- ministración pública	285
2.2. Un Derecho administrativo menos especial y más complejo	291
IV. BIBLIOGRAFÍA	298

	Pág.
CAPÍTULO 4. HISTORIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA, por Marcos Almeida Cerredá.....	329
I. INTRODUCCIÓN	330
1. Finalidad y planteamiento de la investigación	330
2. Objeto de la investigación	331
II. LOS <i>PRECURSORES</i> DE LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL	333
1. El contexto académico y los rasgos definitorios comunes del perfil de los estudiosos de esta etapa	333
2. Los principales representantes de esta generación.....	334
2.1. Francisco Javier de Burgos y Olmo	334
2.2. Pedro Sainz de Andino.....	335
2.3. Alejandro Oliván y Borruel.....	337
2.4. Francisco Agustín Silvela y Blanco	338
3. Otras obras y autores de esta época	338
III. LOS <i>PIONEROS</i> DE LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.....	339
1. El contexto académico y los rasgos definitorios comunes del perfil de los estudiosos de esta etapa	339
2. Los principales representantes de esta generación.....	341
2.1. Los <i>sistematizadores</i>	342
2.1.1. Manuel Ortiz de Zúñiga y Montemayor	342
2.1.2. Pedro Gómez de la Serna y Tully	343
2.2. Los <i>creadores</i>	344
2.2.1. José Posada Herrera	344
2.2.2. Manuel Colmeiro y Penido	345
3. Otras obras y autores de esta época	347
IV. LOS <i>COMENTARISTAS</i> DE LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL	348
1. El contexto académico y los rasgos definitorios comunes del perfil de los estudiosos de esta etapa	348
2. Algunos exponentes de esta generación.....	349
2.1. Marcelo Martínez Alcubilla.....	349
2.2. Eusebio Freixa y Rabasó	350
2.3. Santos Alfaro y Lafuente	350
2.4. Fermín Abella y Blave	351
3. Otras obras y autores de esta época	351
V. LOS <i>RESTAURADORES</i> DE LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL	352
1. El contexto académico y los rasgos definitorios comunes del perfil de los estudiosos de esta etapa	352

	Pág.
2. Los principales representantes de esta generación.....	353
2.1. Fernando Mellado y Leguey	353
2.2. Salvador Cuesta y Martín	354
2.3. Enrique Gil Robles	356
2.4. Vicente Santamaría de Paredes	356
3. Otras obras y autores de esta época	358
VI. LOS <i>RENOVADORES</i> DE LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	359
1. El contexto académico y los rasgos definitorios comunes del perfil de los estudiosos de esta etapa	359
2. Los principales representantes de esta generación	360
2.1. Adolfo González Posada y Biesca	360
2.2. Antonio Royo Villanova.....	361
2.3. José Nemesio Güenechea Landaburu	362
2.4. José Gascón y Marín.....	362
3. Otras obras y autores de esta época	364
VII. LOS <i>DECANTADORES</i> DE LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	364
1. El contexto académico y los rasgos definitorios comunes del perfil de los estudiosos de esta etapa	364
2. Los principales representantes de esta generación.....	366
2.1. Recaredo Fernández de Velasco y Calvo	366
2.2. Carlos García Oviedo	367
2.3. Luis Jordana de Pozas.....	368
2.4. Sabino Álvarez-Gendín y Blanco	369
3. Otros autores de esta época y sus obras	370
VIII. LOS <i>REFUNDADORES</i> DE LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL	371
1. Un sucinto apunte sobre la reinstitución de la Ciencia del Derecho Administrativo español	371
2. Una enumeración no exhaustiva de los representantes de esta generación.....	372
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	373
CAPÍTULO 5. RASGOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO, por María Mercè Darnaculleta Gardella.....	377
I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE LOS ESTADOS ABIERTOS	377
II. LA ADMINISTRACIÓN EN UN ENTORNO PARADÓJICO Y COMPLEJO.....	385
1. La gestión de múltiples demandas en tiempos de escasez.....	386

	Pág.
2. La reorientación de los tipos de administración hacia nuevas estrategias de regulación.....	388
3. Efectos reflexivos de la descentralización política y funcional	396
4. La privatización, administración en red y sectorialización en un sistema de múltiples niveles.....	400
III. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	405
1. Los retos de las nuevas tecnologías de información y comunicación.....	406
2. La proliferación de instrumentos de gestión de la desconfianza.....	408
3. La apertura y la ductilidad del Derecho administrativo	414
4. La extensión horizontal y vertical de su ámbito de aplicación	418
IV. LA NUEVA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	420
1. Apertura conceptual y metodológica	421
2. La gestación del Derecho administrativo europeo y del Derecho administrativo global	426
V. BIBLIOGRAFÍA.....	429
 CAPÍTULO 6. METODOLOGÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, por <i>Silvia Díez Sastre y José María Rodríguez de Santiago</i>	 443
I. INTRODUCCIÓN: METODOLOGÍA <i>APLICATIVA</i> Y METODOLOGÍA <i>ACADÉMICA</i> DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	444
II. METODOLOGÍA <i>ACADÉMICA</i> DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	449
1. Sincretismo metodológico	449
2. La evolución del método jurídico	451
2.1. Conceptualismo y constructivismo.....	452
2.1.1. La Escuela Histórica del Derecho.....	452
2.1.2. La Jurisprudencia de Conceptos	453
2.2. El Derecho puro	455
2.3. La apertura a la interdisciplinariedad	456
2.4. La flexibilización del sistema	458
3. Hitos en la formación metodológica del Derecho administrativo.....	461
3.1. Dogmática jurídica.....	461
3.2. Constitucionalización	462
3.3. Europeización	463
3.4. La Escuela de la Reforma.....	465
III. METODOLOGÍA <i>APLICATIVA</i> DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	467
1. Fundamentos de una metodología aplicativa específicamente jurídico-administrativa.....	467
1.1. Administración y jueces: dos maneras de aplicar el Derecho en cumplimiento de dos funciones constitucionales distintas dan lugar a dos metodologías diversas.....	467

	Pág.
1.2. Binomios instrumentales	471
1.2.1. Norma de conducta y norma de control.....	471
1.2.2. Dirección de la actividad administrativa a través de programas <i>condicionales</i> y a través de programas <i> finales</i>	473
1.2.3. Dirección de la actividad administrativa a través de programas <i>materiales</i> y a través de la <i>organización</i> y el <i>procedimiento</i>	474
2. La fijación administrativa de los hechos	475
3. La construcción de la norma de conducta de la Administración	478
3.1. La construcción de la norma de conducta administrativa como proceso de progresiva acumulación de criterios que completan y concretan el texto inicial de la norma aplicable hasta referirlo óptimamente al caso sobre el que debe decidirse	478
3.2. La construcción de la norma con los criterios tradicionales de la interpretación jurídica.....	481
3.3. La creación y utilización por la Administración de criterios adicionales «de oportunidad» para la construcción de su norma de conducta.....	482
4. La decisión administrativa: subsunción y ponderación	484
5. La norma de control de la decisión en vía de recurso administrativo.....	485
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	486
CAPÍTULO 7. EL ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR DEL DERECHO PÚBLICO, por Borja Barragué Calvo y Gabriel Doménech Pascual.....	495
I. UTILIDAD DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO	496
II. LA ESCASA INTERDISCIPLINARIEDAD DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS.....	496
1. Manifestaciones	496
2. Causas	498
2.1. Costes de coordinación	498
2.2. La división gremial del sistema universitario español.....	498
2.3. La excesiva fragmentación de las áreas de conocimiento jurídico ...	499
2.4. La estructura de los estudios de Derecho	499
2.5. Una ciencia jurídica provinciana	499
2.6. Una ciencia jurídica «pura»	500
2.7. La orientación de la ciencia jurídica hacia la práctica profesional y los problemas <i>de lege lata</i>	501
2.8. Un sistema universitario excesivamente homogéneo y poco competitivo	501
III. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	502
1. Concepto y presupuestos.....	503
2. Tipos.....	504

	Pág.
2.1. Análisis positivo y análisis normativo	504
2.2. Análisis teórico y análisis práctico	505
2.3. Análisis fundamental y análisis aplicado	505
3. La función «puente» del análisis económico del Derecho.....	506
4. Utilidad del análisis económico del Derecho.....	507
5. Algunas críticas dirigidas al análisis económico del Derecho	510
5.1. Las personas no siempre actúan racionalmente.....	510
5.2. La cuestión de los fines.....	511
5.3. La eficiencia no lo es todo	512
5.4. Hay esferas de la actividad humana no susceptibles de análisis económico	514
5.5. El análisis económico del Derecho está ideológicamente sesgado...	515
5.6. El análisis económico del Derecho no da cuenta de la práctica judicial	516
IV. EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO	519
1. Concepto y objetivo del Análisis Conductual del Derecho.....	519
2. La utilidad del Análisis Conductual del Derecho	520
3. El Análisis Conductual del Derecho como enfoque experimental.....	523
4. La aplicación del análisis conductual al Derecho: el caso de los <i>nudges</i> ...	525
5. Algunas críticas dirigidas al Análisis Conductual del Derecho	529
5.1. Los <i>nudges</i> no son suficientes.....	529
5.2. Los <i>nudges</i> no nos «empujan», nos manipulan (y además carecen de una teoría que lo justifique).....	531
V. LA APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS DE LAS CIENCIAS «DURAS» AL ANÁLISIS DEL DERECHO	533
1. Matemáticas	533
1.1. Utilidad de las matemáticas para el estudio del Derecho	533
1.2. Aspectos problemáticos	535
2. Métodos empíricos. El análisis empírico del Derecho.....	537
2.1. Concepto, objetivo y tipos de análisis empírico	537
2.2. Instrumentos del análisis empírico del Derecho	542
2.3. Utilidad y límites del análisis empírico	543
2.3.1. Método empírico y modas: el caso de los microcréditos.....	543
2.3.2. Método empírico y efectos colaterales: el caso de la prostitución	544
2.3.3. Límites de los métodos empíricos: el caso de los orígenes jurídicos	545
2.4. El Análisis Empírico del Derecho como corriente académica.....	546
2.4.1. Orígenes remotos del Análisis Empírico del Derecho: el viejo y el nuevo realismo	546
2.4.2. El Análisis Empírico moderno.....	547
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	549

II. FUNDAMENTOS

CAPÍTULO 8. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, por Luis Arroyo Jiménez.....	561
I. DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIÓN.....	562
1. Las relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho constitucional.....	562
1.1. La administrativización del Derecho constitucional.....	563
1.2. La constitucionalización del Derecho administrativo.....	564
1.3. La emancipación del Derecho administrativo.....	566
1.4. La europeización del Derecho administrativo.....	568
2. La vinculación constitucional del Derecho administrativo.....	570
2.1. El origen de la vinculación.....	570
2.2. El contenido de la vinculación.....	572
2.3. Los términos de la vinculación.....	573
2.4. Los destinatarios de la vinculación.....	577
3. Las notas definitorias del Estado y el Derecho administrativo.....	578
3.1. Las notas definitorias del Estado.....	579
3.2. Derecho administrativo y ponderación.....	580
II. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO DE DERECHO.....	582
1. Significado y elementos del Estado de Derecho.....	582
2. El principio de división de poderes.....	584
2.1. La división de poderes en la Constitución.....	584
2.2. El poder ejecutivo.....	586
2.3. Ley y Administración.....	587
2.4. Ley y juez.....	589
2.5. Administración y juez.....	591
3. El principio de legalidad.....	593
3.1. La vinculación de la Administración al Derecho.....	593
3.2. El parámetro de la vinculación.....	595
3.3. La intensidad de la vinculación.....	597
3.4. El contenido de la vinculación.....	598
3.5. La efectividad de la vinculación.....	600
4. El principio de control judicial.....	602
4.1. El control judicial de la Administración.....	602
4.2. La estructura del juicio de control.....	604
4.3. La eficacia del control judicial.....	607
5. Los derechos fundamentales.....	609
5.1. Estado de Derecho y derechos fundamentales.....	609
5.2. La libertad formal en el Derecho administrativo.....	610
5.3. La igualdad formal en el Derecho administrativo.....	612

	Pág.
5.4. La propiedad privada en el Derecho administrativo	615
5.5. Buena administración	622
6. La conservación del <i>statu quo</i>	624
6.1. Seguridad jurídica.....	624
6.2. Irretroactividad.....	625
6.3. Confianza legítima.....	626
6.4. Proporcionalidad.....	627
III. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO SOCIAL.....	628
1. Significado y crisis del Estado social.....	628
1.1. El Estado social como forma histórica	628
1.2. El Estado social como principio constitucional.....	629
2. La actualización de la libertad y de la igualdad.....	630
2.1. Contenido.....	630
2.2. Estructura.....	633
3. La transformación de los derechos fundamentales	634
4. El principio de eficacia.....	636
IV. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO DEMOCRÁTICO	638
1. Democracia, pluralismo y Estado social de Derecho.....	638
2. La legitimidad de la Administración.....	640
2.1. El nivel de legitimidad	640
2.2. Las fuentes de legitimidad	641
3. Administración y democracia representativa	643
3.1. Democracia y dirección gubernamental	643
3.2. Democracia y dirección legislativa.....	645
3.3. Democracia y jerarquía administrativa	645
4. El principio de participación.....	646
5. Los principios de objetividad e imparcialidad	649
5.1. El principio de objetividad en sentido amplio	649
5.2. El principio de imparcialidad.....	649
5.3. El principio de objetividad en sentido estricto.....	651
6. Los principios de publicidad y transparencia.....	653
V. BIBLIOGRAFÍA.....	655
CAPÍTULO 9. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO INTERNA- CIONAL, por Rosario Leñero Bohórquez y María Mercè Darnaculleta Gardella.	665
I. INTRODUCCIÓN	666
II. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL CON- TEMPORÁNEO	668
1. Transformaciones en los contenidos del Derecho internacional.....	668

	Pág.
2. Transformaciones en los sujetos del Derecho internacional	672
2.1. La diversificación subjetiva del Derecho internacional	672
2.2. El reconocimiento de nuevos sujetos de Derecho internacional público	674
2.3. La aparición de otros sujetos internacionales y transnacionales	679
2.4. La función transformadora de la noción de comunidad internacional.....	687
3. Transformaciones en los instrumentos de Derecho internacional.....	688
3.1. La decantación de normas de <i>ius cogens</i> internacional	689
3.2. La diversificación y flexibilización de los modos de producción normativa del Derecho internacional	692
3.3. La proliferación del Derecho internacional derivado o secundario...	694
3.4. La creciente relevancia de los instrumentos de <i>soft law</i>	697
4. Transformaciones en la aplicación y la ejecución del Derecho internacional público.....	702
4.1. La diversificación de los modos de aplicación y ejecución	702
4.2. Mecanismos de <i>hard law</i> para la aplicación centralizada del Derecho internacional.....	704
4.3. La ejecución basada en instrumentos de mercado y de naturaleza económica	708
4.4. Mecanismos de <i>soft law</i> para la aplicación de disposiciones vinculantes y de estándares internacionales	710
III. LA INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	713
1. Los efectos de la internacionalización en la posición constitucional de la Administración pública.....	713
2. Las determinaciones constitucionales sobre la articulación del Derecho internacional en el Derecho interno	715
3. La incidencia del Derecho internacional en el Derecho administrativo general.....	719
3.1. La incidencia en las estructuras del Derecho administrativo general	721
3.2. La incidencia en las formas del Derecho administrativo general	723
3.3. La incidencia en los contenidos del Derecho administrativo general	728
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	732
CAPÍTULO 10. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, por Daniel Sarmiento y Xavier Codina García-Andrade	743
I. INTRODUCCIÓN	743
II. EL CONCEPTO DE EUROPEIZACIÓN Y LAS MANERAS EN LAS QUE ESTA SE PRODUCE.....	745

	Pág.
1. El concepto de europeización	746
2. Tipos de europeización	747
3. Mecanismos mediante los que se produce la europeización.....	748
3.1. Mecanismos de Derecho de la Unión Europea.....	748
3.2. Mecanismos del Convenio Europeo de Derechos Humanos	752
III. BREVE EXPOSICIÓN DE SECTORES EXPUESTOS A LA EUROPELIZACIÓN.....	753
1. Ejemplos de ámbitos sectoriales europeizados	753
1.1. El ejercicio de actividades económicas	753
1.2. Los servicios públicos.....	754
1.3. La regulación económica	755
1.4. El medio ambiente	757
1.5. La contratación pública.....	758
2. En especial, la (lenta) europeización de los derechos fundamentales	760
IV. PRINCIPALES CONSECUENCIAS DE LA EUROPEIZACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL	762
1. La adopción de conceptos jurídicos europeos y el alejamiento del intérprete último	762
2. Efectos sobre las instituciones básicas del Derecho administrativo	763
2.1. Las fuentes del Derecho administrativo.....	763
2.2. La organización administrativa	766
2.2.1. El freno a la huida del Derecho administrativo	766
2.2.2. La creación de órganos (y organismos) administrativos independientes	766
2.3. Las potestades administrativas: ¿el desapoderamiento de la Administración?.....	769
2.4. Nuevos mecanismos de control de las decisiones administrativas ...	772
V. BIBLIOGRAFÍA.....	773
 CAPÍTULO 11. SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, por José María Rodríguez de Santiago.....	 777
I. PRESENTACIÓN: EL DERECHO COMO UNA DE LAS FORMAS DE DIRIGIR LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA; Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DECISIÓN RELATIVA A QUIÉN PUEDE DIRIGIR JURÍDICAMENTE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.....	778
II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	780
1. Concepto de norma jurídico-administrativa. Creación y aplicación de Derecho.....	780

	Pág.
2. La Constitución como <i>programa</i> para la validez de las normas de Derecho interno e <i>interfaz</i> para la aplicabilidad de las normas de sistemas externos. La (solo) relativa constitucionalización del sistema de fuentes	783
3. La disolución de la estatalidad del sistema de fuentes.....	784
III. CRITERIOS PARA LA ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES INTERNORMATIVAS: JERARQUÍA, COMPETENCIA, PREVALENCIA, SUPLETORIEDAD Y PRIMACÍA APLICATIVA	786
1. El principio de jerarquía normativa.....	786
2. La ordenación de las relaciones entre normas conforme al denominado principio de competencia.....	793
3. La cláusula de prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico (art. 149.3 CE).....	798
4. La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal (art. 149.3 CE)	805
5. La primacía aplicativa para las normas de sistemas externos (arts. 93 y 96 CE)	809
IV. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNO.....	813
1. La Constitución como norma y la interpretación de la ley conforme a la Constitución	813
2. El concepto constitucional de ley. La ley concreta y singular	815
3. La ley orgánica.....	819
4. El decreto legislativo.....	821
5. El decreto ley	825
6. El reglamento.....	829
6.1. Idea general: interpretar sobria y estrictamente la regulación positiva constitucional y legal de la potestad reglamentaria.....	829
6.2. La reserva de ley como estándar constitucional mínimo de dirección de la actividad administrativa por la ley, y como criterio de ordenación constitucional de la relación entre la ley y el reglamento. La reserva legal de ley	833
6.3. La potestad reglamentaria del ejecutivo estatal y autonómico	835
6.4. El poder normativo municipal	837
V. OTRAS PIEZAS DEL SISTEMA DE FUENTES	840
1. La costumbre en el Derecho administrativo.....	840
2. Los principios generales del Derecho administrativo	841
3. El precedente administrativo y la jurisprudencia.....	843
4. El <i>soft law</i> administrativo. Instrucciones y órdenes de servicio. Normas técnicas de origen privado.....	847
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	853
 CAPÍTULO 12. EL JUEGO DEL LEGISLADOR, LA ADMINISTRACIÓN Y EL JUEZ, por Gabriel Doménech Pascual.....	 861
I. INTRODUCCIÓN	862
II. LOS ACTORES Y SUS PREFERENCIAS	863

	Pág.
1. Simplificaciones	863
2. Fines del juego	864
3. Preferencias del legislador	864
4. Preferencias de las autoridades administrativas	866
5. Preferencias de los jueces	867
III. EL PAPEL DEL LEGISLADOR	868
1. Definir la estructura del juego	868
2. Factores determinantes de la definición legislativa de la estructura del juego.....	869
2.1. Capacidad de tomar decisiones acertadas.....	869
2.2. Posibilidades de actuar de oficio.....	869
2.3. Costes de procedimiento.....	870
2.4. Relevancia de los intereses en juego.....	871
2.5. Varianza de los resultados e incertidumbre.....	871
2.6. Costes de rectificación	872
2.7. Legitimidad democrática	873
2.8. Riesgo de desviaciones. Peligro de captura.....	873
2.9. Imputación de méritos y culpas	874
3. Límites jurídicos de la definición legislativa del juego.....	875
3.1. Contenido de los límites	875
3.2. Justificación de los límites	878
3.3. Límites explícitos y límites implícitos.....	878
4. Límites fácticos	879
5. Delegar o no delegar. Concepto de delegación	880
6. En quién o quiénes delegar	880
7. En qué medida delegar.....	881
7.1. La delimitación de espacios decisorios.....	881
7.2. Condiciones sustantivas y condiciones formales de la delegación...	884
8. Cómo delegar	886
8.1. Delegaciones explícitas y delegaciones implícitas	886
8.2. Delegaciones <i>previas</i> y delegaciones <i>posteriores</i>	887
IV. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN	887
1. Lo que la Administración debería hacer	888
1.1. La vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico. Legalidad y eficacia	888
1.2. Vinculación positiva o vinculación negativa de la Administración a la ley y al resto del ordenamiento jurídico.....	889
1.3. ¿Cómo deberían actuar las autoridades administrativas en los espacios de discrecionalidad?	892
1.3.1. El deber de adoptar la decisión más conveniente para los intereses generales	893
1.3.2. La observancia del principio de proporcionalidad.....	895

	Pág.
1.3.3. La observancia del procedimiento y del proceso argumentativo debidos	895
1.3.4. El deber de motivar las decisiones adoptadas.....	896
2. Lo que los agentes de la Administración tenderán a hacer	897
V. EL PAPEL DEL JUEZ.....	899
1. Funciones del control judicial de la actividad administrativa.....	899
1.1. Corregir (<i>ex post</i>) actuaciones administrativas ilegales	900
1.2. Prevenir (<i>ex ante</i>) actuaciones administrativas ilegales.....	900
1.2.1. Disuasión	900
1.2.2. Información.....	901
2. Configuración óptima del sistema de control judicial de la actividad administrativa.....	901
3. Controles judiciales previos y controles judiciales posteriores	902
4. Las consecuencias jurídicas de la ilegalidad.....	904
5. Lo que los jueces deberían hacer	905
5.1. La teoría tradicional: las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad	905
5.1.1. La distinción entre potestades discrecionales y potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados.....	906
5.1.2. El control de los elementos reglados	907
5.1.3. El control de los hechos determinantes	907
5.1.4. El control a través de los principios generales del Derecho.	907
5.1.5. Crítica de la teoría tradicional.....	908
5.2. La teoría de la densidad de programación normativa	911
5.3. Una teoría económica de la discrecionalidad administrativa.....	912
5.3.1. Beneficios de la discrecionalidad administrativa.....	912
5.3.2. Costes de la discrecionalidad administrativa	913
5.3.3. Factores determinantes del balance costes-beneficios de la discrecionalidad administrativa	913
5.3.4. El factor estratégico	916
5.4. La cuestión en la jurisprudencia	917
5.5. Poderes del juez frente a las decisiones administrativas ilegales.....	921
6. Lo que los jueces tenderán a hacer	924
6.1. Influencia de factores extrajurídicos	924
6.2. Comportamientos estratégicos.....	925
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	926
ÍNDICE ANALÍTICO	935

PRESENTACIÓN

La entrada en vigor de la Constitución española de 1978 inauguró —se ha dicho con frecuencia— un nuevo método para la construcción sistemática del Derecho administrativo. El bloque de la legislación jurídico-administrativa aprobada durante la dictadura franquista —Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, Ley de Expropiación Forzosa de 1954, Ley de Contratos del Estado de 1965, Ley de Patrimonio del Estado de 1964, etc.— continuó —con concretas excepciones— vigente y solo se substituyó lentamente durante las décadas posteriores. Pero la nueva norma constitucional cambió inmediatamente las claves para el trabajo aplicativo y académico con el Derecho administrativo. Los mismos preceptos, interpretados conforme al nuevo «orden de valores» establecido por la Constitución, tenían un contenido imperativo distinto. Y las reglas y principios constitucionales sirvieron de armazón estructural sobre el que se elaboraron algunas magníficas exposiciones sistemáticas de la disciplina en aquella época, que hoy puede identificarse como la de la «constitucionalización» del Derecho administrativo.

Desde los años ochenta del siglo pasado, una serie de fenómenos sociales, políticos, económicos y jurídicos han modificado profundamente ese sistema. Los conceptos de globalización, internacionalización, europeización, privatización, sociedad del riesgo y revolución tecnológica identifican el origen de numerosos y fundamentales cambios en el Derecho administrativo, sin los que no puede explicarse el orden normativo que dirige la actuación de la Administración pública al comienzo de la tercera década del siglo XXI.

La europeización, por una parte, ha alterado de forma determinante materias completas de la parte especial y se ha infiltrado en cuestiones muy relevantes de la parte general del Derecho administrativo; y, por otra, ha provocado que conceptos como, por ejemplo, el de «servicio de interés económico general» desplacen o modulen instituciones centrales del Derecho administrativo español clásico. El desarrollo de las nuevas tecnologías ha incrementado exponencialmente las posibilidades de obtener y elaborar la información con la que se trabaja en los diversos tipos de procedimiento

administrativo para gestionar los asuntos públicos; y ha modificado de manera notable las formas de comunicación de la Administración española con los ciudadanos y con otras organizaciones jurídico-públicas europeas e internacionales. La gestión de esos flujos de información, así mismo, ha determinado la irrupción de cuestiones que hoy se sitúan en la primera línea de los objetos de la regulación y la investigación jurídico-administrativa, como son la transparencia y la protección de datos.

Los principios jurídicos originados en torno al concepto de riesgo han afectado a criterios clave también relativos a la forma de elaborar la información aportada a los procedimientos administrativos y a la adopción de decisiones. En fin, varios de los fenómenos destacados han terminado actuando conjuntamente para que las reglas del Derecho administrativo se apliquen con normalidad a la actuación de sujetos privados; que datos económicos relativos a la eficiencia y a la sostenibilidad presupuestaria dirijan estrictamente la actividad de la Administración, y que sea necesario introducir nuevas piezas teóricas —como el concepto de *soft law*— para explicar de forma adecuada el sistema de fuentes del Derecho administrativo o el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

El presente tratado se ofrece como un intento de construcción y exposición sistemática integrada de «lo viejo y lo nuevo» del Derecho administrativo, en un formato y con un propósito distinto al de espléndidas obras generales recientes, que ya dan buena cuenta de los elementos modernos del sistema, pero que están orientadas fundamentalmente a servir de apoyo a la tarea docente.

La obra de la que este volumen forma parte pretende cubrir todo el objeto propio del Derecho administrativo general. Esta expresión no se utiliza aquí, tal y como ocurre en ocasiones, para aludir a la parte de la disciplina tradicionalmente explicada en el primero de los cursos a ella dedicados en las Facultades de Derecho españolas, sino más bien por contraposición al Derecho administrativo sectorial, de modo que comprendería aquella parte del Derecho administrativo que no se circunscribe a la actuación administrativa desarrollada en sectores específicos de la vida social.

Así entendido, el Derecho administrativo general no es propiamente un sistema, sino un conjunto de principios, reglas, conceptos y doctrinas caracterizado por padecer un considerable grado de apertura, una fuerte tendencia a la incoherencia interna, así como numerosas lagunas normativas. Esta obra procura racionalizar todo ese material jurídico a través de un proyecto de sistematización que opera en dos planos: el primero consiste en identificar y describir los elementos que le aportan un cierto grado de unidad, coherencia y plenitud y, por tanto, en valorar la medida en que el Derecho administrativo general se aproxima al tipo ideal del sistema; el segundo consiste en formular propuestas para su reconfiguración de cara a incrementar el grado de satisfacción de esas tres propiedades y, con ello, a aproximarlo más al citado tipo ideal. El proyecto de sistematización en el que consiste el desarrollo de una teoría general del Derecho administrativo y al que responde este libro tiene, pues, una doble finalidad: describir e incrementar el grado de unidad, coherencia y plenitud de los elementos que integran el Derecho administrativo español.

Las estrategias metodológicas en las que ha de descansar una empresa de esa naturaleza pueden ser muy variadas y necesariamente se reflejan de modo diverso

en las diferentes partes de esta obra. La primera consiste en la deducción de criterios orientadores a partir de los fundamentos normativos superiores del Derecho administrativo general, esto es, el Derecho europeo y el Derecho constitucional interno. La segunda, que opera en sentido opuesto, pasa por el análisis de ámbitos o sectores de referencia del Derecho administrativo español para tratar de identificar pautas regulatorias comunes o procesos de transformación de carácter estructural. La tercera es la apertura del sistema de Derecho administrativo español a otros ordenamientos y disciplinas jurídicas, entre los que destacan el Derecho internacional público, el Derecho administrativo global y el Derecho administrativo comparado. La cuarta estrategia metodológica es, en fin, la apertura de la teoría general del Derecho administrativo a otras disciplinas y saberes no jurídicos, y singularmente a la historia, la economía y otras ciencias sociales.

La finalidad de esta obra condiciona, por tanto, la metodología que en ella se emplea. Y esta, a su vez, determina visiblemente el contenido y la estructura de este primer volumen, en el que se recogen las partes relativas a la introducción y a los fundamentos del Derecho administrativo general español. En la primera de ellas se encuentra una aproximación conceptual y tipológica a la Administración y al Derecho administrativo, una exposición de las bases históricas del Derecho administrativo y de su tratamiento académico, una reflexión acerca de los rasgos que lo caracterizan en el momento presente y dos contribuciones sobre metodología del Derecho administrativo. En la segunda parte se exploran las bases o fundamentos del Derecho administrativo procedentes del Derecho constitucional, internacional y europeo, prestando especial atención a sus implicaciones sobre la configuración del sistema de normas del Derecho administrativo, de un lado, y sobre el desarrollo de las relaciones entre el legislador, el juez y la Administración pública, de otro.

En próximos volúmenes de esta obra se recogerán los contenidos correspondientes a las estructuras administrativas —los tipos de organizaciones y de relaciones organizativas, los procedimientos administrativos y las relaciones jurídico-administrativas—, las formas que adquiere la actuación administrativa —entendiendo por tales las posibles formas jurídicas a través de las cuales esta se expresa en el terreno de los hechos jurídicos o naturales—, los contenidos de la actuación administrativa —incluyendo los propios de la vieja doctrina de las clases de actividad, pero también sus nuevas modalidades o contenidos característicos—, la información administrativa —cuyo papel en la organización y el funcionamiento de la Administración comprende pero no se limita al acceso por los particulares—, así como el control —interno y judicial— de la Administración y los remedios para la tutela —restitutoria y resarcitoria— de los ciudadanos.

Los autores y las autoras de este Tratado formamos un grupo diverso, heterogéneo y plural. Tenemos edades y venimos de Universidades —e incluso de «escuelas»— diferentes, con tradiciones, maneras de hacer, influencias, concepciones teóricas, preocupaciones y perspectivas parcialmente distintas. Esa diversidad se refleja también en el *Tratado*. Aunque hemos puesto en común y discutido buena parte de sus contenidos, cada uno de sus capítulos sigue reflejando la particular visión de sus respectivos autores. Con todo, el diseño de la obra —su enfoque, la selección de los temas tratados, su ordenación sistemática, la composición del grupo de au-

tores, etc.— es en gran medida fruto de preocupaciones compartidas, diálogos y actividades académicas desarrolladas conjuntamente durante los últimos años. Aquí destacan el «Seminario de Teoría y Método», que hemos venido celebrando junto con otros muchos colegas con una periodicidad semestral desde mayo de 2014, y la *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, que comenzó a publicarse en enero de 2020. Muchas ideas contenidas en este *Tratado* se expusieron y debatieron previamente en estos y otros foros, a cuyos organizadores y participantes estamos muy agradecidos.

Madrid, Valencia y Ciudad Real, marzo de 2021

José María RODRÍGUEZ
DE SANTIAGO

Gabriel DOMÉNECH
PASCUAL

Luis ARROYO
JIMÉNEZ

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO

Francisco VELASCO CABALLERO

SUMARIO: I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DATO EMPÍRICO UNIVERSAL.—II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—III. RELATIVIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. Coexistencia con el Derecho común. 2. Expansión. 3. Sectorialidad.—IV. TIPOS DE DERECHOS ADMINISTRATIVOS.—V. COMPOSICIÓN: ENTRE NORMAS Y TEORÍAS.—VI. FUNCIONES.—VII. IDEAS ORDENADORAS: 1. Parte general *versus* parte especial. 2. Formas de la actuación administrativa. 3. Tipos de actividad administrativa. 4. *Ad intra versus ad extra*. 5. Tipos organizativos de la Administración.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DATO EMPÍRICO UNIVERSAL

1. El objeto de este capítulo inicial es trasladar una primera *comprensión actual y convencional* de lo que en el lenguaje jurídico ordinario denominamos Derecho administrativo. En este capítulo no se mira hacia atrás, para ver cómo se ha formado históricamente el Derecho administrativo. Esto se hace en los capítulos 2 y 3. Tampoco se analizan ahora en profundidad las transformaciones contemporáneas y previsibles del Derecho administrativo. Esto corresponde al capítulo 5. El objeto de este primer capítulo es identificar **qué entendemos hoy que es el Derecho administrativo**, cuáles son sus *señas de identidad* —en España y en el mundo— y cuáles son las *ideas ordenadoras* a través de las cuales captamos, aplicamos y explicamos su contenido. Esta exposición estática o actual del Derecho administrativo permite minimizar dos sesgos académicos propios de las explicaciones diacrónicas: el sesgo del pasado y el sesgo del futuro.

2. El primer **sesgo**, el **del pasado**, consiste en explicar la realidad jurídica contemporánea mediante elementos o factores históricos del pasado¹. Estos elementos históricos normalmente habrán perdido importancia relativa (y, por tanto, trascendencia sistemática) en el tiempo presente². Piénsese por ejemplo en la idea histórica de autoridad (muy erosionada en el Estado social), o en la idea de interés general (que desde luego hoy no es definitiva del Derecho administrativo, sino del conjunto del Derecho)³. Del otro lado, el **sesgo del futuro** tiende a magnificar los elementos de cambio emergentes, aquellos que aparecen en el presente e indican cómo será —posiblemente— el Derecho administrativo del futuro. Así, una atención desmesurada a realidades jurídicas emergentes (como la interacción y comunicación continua entre la Administración y los ciudadanos en procedimientos «de tercera generación», la Administración «en red», o la transformación de la Administración prestadora en Administración solo «responsable» o de garantía) puede ofrecer una imagen distorsionada del Derecho administrativo actual, donde siguen predominando los procedimientos administrativos subsuntivos, los actos administrativos unilaterales y la Administración prestadora de servicios públicos⁴. Es posible que en un lustro, o en una década, lo que se expone a continuación ya no identifique con exactitud al Derecho administrativo. Fenómenos sociojurídicos en marcha, como la globalización, la descentralización, la subjetivación, la privatización o la electrificación de las relaciones jurídicas ya están moldeando un nuevo concepto de Derecho administrativo⁵. Pero antes de profundizar en estos fenómenos de transformación es necesario precisar de qué hablamos cuando hablamos de Derecho administrativo.

3. Empecemos por una constatación empírica elemental: el Derecho administrativo es una **realidad universal**. Hay Derechos administrativos en todo el mundo. El tópico de Estados desarrollados sin Derecho administrativo (de lo que sería buena muestra Reino Unido, según afirmaba Dicey en 1885) es hoy solo un tópico, no una realidad⁶. Hoy hay Derecho administrativo, aun tratándose de un fenómeno reciente, incluso en Extremo Oriente: bien como consecuencia directa del proceso de democratización (en Corea del Sur y Japón), bien como resultado de la internacionalización de la economía en China⁷. También, como fenómeno actual, se habla de un «Derecho administrativo global», característico de las organizaciones internacionales (M. Darnacullea, cap. 5, §§ 3 y ss.). A partir de esta elemental constatación empírica, dos son las cuestiones de inicio: la hipotética *utilidad* de indagar sobre la esencia de ese Derecho administrativo del que se habla en tan diversos países y organizaciones; y cuál sería, en su caso, la *esencia* o elemento definidor de tal Derecho administrativo.

4. Vamos con lo primero, con la **utilidad de definir** el Derecho administrativo. En nuestro tiempo, los cambios sociales y tecnológicos son acelerados y profundos.

¹ A. NIETO (1986: 114).

² S. MUÑOZ MACHADO (2004: 23).

³ F. VELASCO CABALLERO (2014: 31).

⁴ Esta crítica, en R. WAHL (2006: 87 y ss.). También en M. ASIMOW (2015: 5).

⁵ Por todos, J. B. AUBY (2010: 27).

⁶ A. BRADLEY y K. EWING (1993: 606); J. B. AUBY (2010: 24); S. CASSESE (2014: 60 y 140); U. KISCHEL (2015: 345); P. CRAIG (2016: 4).

⁷ J. OHNESORGE (2006: 149).

Las certezas son efímeras. Y los empeños pedagógicos están en la innovación y en la capacidad de adaptación⁸, lejos de la fenomenología, de la indagación sobre «las cosas mismas» que tanto nos ha ocupado en otro tiempo⁹. En este contexto, toda pregunta ontológica sobre el Derecho administrativo parece extraña, anacrónica. Pero veremos que no. El eje metodológico del presente tratado es la *observación contemporánea* del Derecho administrativo. Pero esto presume, precisamente, que existen algunas convenciones, académicas y sociales, sobre el objeto observado (el Derecho administrativo). El sentido de este primer capítulo es, precisamente, identificar esas convenciones. Y formularlas mediante enunciados explicativos coherentes y plausibles.

La actitud científica con la que se acomete esta tarea empieza por asumir que el Derecho administrativo es un *hecho social*, y por tanto, cambiante y relativo. Aunque la mutabilidad del objeto no impide formular algunos enunciados universales. Además, la observación del Derecho administrativo lógicamente se produce a través de las estructuras y *paradigmas científicos y culturales* inmanentes en cada momento histórico (estructuralismo)¹⁰. Dicho esto, tiene sentido acometer la observación explicativa del Derecho administrativo con una doble metodología: *conceptual y tipológica*. Podemos conceptualizar el Derecho administrativo a partir de un único rasgo o elemento característico, que lo singularice respecto del resto de la materia jurídica¹¹. Pero hecho esto, en un segundo nivel de análisis, conviene incorporar una metodología tipológica. Como hecho social, el Derecho administrativo de cada tiempo y lugar incluye elementos diversos. El catálogo de diversidades (fuentes de producción normativa, prerrogativas, formas de control judicial, formas organizativas, controles judiciales singulares, etc.) es limitado. Pero la *combinación* de estas diversidades en cada país y tiempo es múltiple. Por eso podemos hablar de distintos Derechos administrativos o de diversos *tipos históricos-empíricos*¹² de Derecho administrativo.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

5. Desde finales del siglo XVIII, y sobre todo a lo largo de los siglos XIX y XX, muchos han sido los **intentos de definir el Derecho administrativo**. Al menos en el continente europeo. Sintéticamente, las diversas definiciones se pueden describir como subjetivas u objetivas (materiales)¹³. Las explicaciones *subjetivas* han puesto la atención en la Administración pública como organización, institución o persona directamente destinataria del ordenamiento administrativo¹⁴. Y las teorías *objetivas*

⁸ L. PAREJO ALFONSO (2016: 167).

⁹ H. G. GADAMER (2003: 33 y ss.).

¹⁰ A. RUIZ MIGUEL (2003: 5651).

¹¹ S. DÍEZ SASTRE (2015: 110 y 125).

¹² En el sentido propio de las ciencias sociales: K. LARENZ (1991: 462).

¹³ El catálogo de teorías, entre muchos, en: C. GARCÍA OVIEDO (1957: 3); J. L. VILLAR PALASÍ (1968: 41); en Alemania: D. EHLERS (1991: 2); H. MAURER (2002: 2).

¹⁴ Entre otros: J. L. VILLAR PALASÍ (1968: 65); E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011: 48); L. PAREJO ALFONSO (2016: 24). E. CASSETTA (2014: 8).

se han centrado en la posible existencia de una función administrativa característica, que sería lo propiamente regulado por el Derecho administrativo¹⁵.

6. Las teorías objetivas han tenido, en general, éxitos transitorios, coyunturales y escasos¹⁶, aunque no han cesado por completo¹⁷. De un lado, la caracterización de la función administrativa a partir de la nota de la autoridad (*puissance publique, hoheitliche Verwaltung*)¹⁸ no ha trascendido de su tiempo original, por su incapacidad para explicar múltiples actividades administrativas del Estado social y prestador donde el rasgo de la autoridad, el poder o la potestad son secundarios. De otro lado, la referencia central al *servicio público*¹⁹ o al *interés general*²⁰ no han permanecido, por su carácter omnicompreensivo e impreciso. Al final, poco más se ha conseguido que la vetusta identificación *negativa* de la actividad administrativa, propuesta a finales del siglo XIX a la medida de los postulados ideales del constitucionalismo liberal (*Substraktionsmethode*)²¹: administración como actividad del Estado distinta de la legislativa y la judicial.

Pese a estas dificultades conceptuales, las teorías objetivas han tenido cierta utilidad para justificar la aplicación del Derecho administrativo a la organización y la gestión interna de órganos constitucionales del Estado (como, en el caso de España, las cámaras parlamentarias, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas o el Consejo General del Poder Judicial) que, aun no formando parte de la Administración pública (en sentido subjetivo), llevan a cabo típicas actividades administrativas (adjudicación de contratos, selección de personal, imposición de sanciones disciplinarias, etc.) para su normal funcionamiento. Luego volveremos sobre esta expansión aplicativa del Derecho administrativo (*infra* § 19). Por otro lado, la proyección actual del Derecho administrativo sobre *organizaciones internacionales y supranacionales* (como la Unión Europea), que difícilmente se pueden considerar como Administraciones públicas, dan un renovado sentido a la posible existencia de una función o actividad típica y propiamente administrativa, que unas veces se desarrolla por Administraciones públicas, y otras veces por otros tipos de organizaciones o personas jurídicas. En lo que ahora importa, la existencia histórica de concepciones objetivas sobre la Administración y el Derecho administrativo no ha sido irrelevante. Ha coadyuvado a la consolidación *tipológica* del Derecho administrativo como Derecho propio de la Administración. Ha aportado elementos característicos a una imagen socialmente aceptada de la Administración como organización estatal compleja que normalmente lleva a cabo una actividad característica, típica.

7. Las dificultades explicativas de las teorías objetivas, derivadas de su incapacidad para trascender de concretos contextos históricos estatales, han dejado el campo abierto para una comprensión subjetiva u orgánica del Derecho adminis-

¹⁵ Históricamente: O. MAYER (1924: 7); W. JELLINEK (1931: 6). Entre nosotros: J. GASCÓN Y MARÍN (1941: 57); F. GARRIDO FALLA (1952: 11-50), luego también (2010: 46-54).

¹⁶ J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1991: 38); D. EHLERS (1991: 2); H. MAURER (2002: 2).

¹⁷ Así, en Brasil: M. JUSTEN FIHLO (2010: 3).

¹⁸ M. HAURIOU (1933: 64). Aún hoy: R. CHAPUS (2001: 1).

¹⁹ L. DUGUIT (1915: 85-86); G. JÈZE (1930: 1).

²⁰ C. GARCÍA OVIEDO (1957: 49).

²¹ O. MAYER (1924: 7); luego: W. JELLINEK (1931: 6).