

ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

COLOQUIO DE CLAUSURA «EL FUTURO DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO», SCIENCES PO (PARÍS),
CÁTEDRA MUTACIONES DE LA ACCIÓN PÚBLICA Y
DEL DERECHO PÚBLICO, 21 Y 22 DE JUNIO DE 2018

ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ
Universidad Politécnica de Madrid

Cómo citar/Citation

Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A. (2018).
Coloquio de clausura «El futuro del derecho administrativo», Sciences Po (París),
Cátedra Mutaciones de la Acción Pública y del Derecho Público, 21 y 22 de junio de 2018.
Revista de Administración Pública, 207, 319-343.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.12>

SUMARIO

I. EL DIAGNÓSTICO. BREVE REFERENCIA A ALGUNOS HECHOS RECIENTES.
II. MENCIÓN A LA BIBLIOGRAFÍA QUE SE HA OCUPADO DE ESTOS ASUNTOS.
III. EL COLOQUIO DE PARÍS DE 2018. IV. RECAPITULACIÓN: 1. Allocation d'ouverture (a cargo del director de Sciences Po, Frédéric Mion). Introduction, the current state of administrative law (en inglés en el programa, de —cómo no— Sabino Cassese). 2. Première partie: Les moteurs de la transformation du droit administratif. 3. Deuxième partie: Observer les évolutions du droit administratif. 4. Troisième partie: Les défis du droit administratif de demain. 5. Table ronde. 6. Conclusiones

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta del contenido de la citada reunión académica, celebrada en la sede de la institución, y desarrollada en francés y en inglés, aunque con no escasa participación de españoles.

Las Actas se van a publicar en forma de libro en Lexis Nexis, en curso de edición cuando, en agosto y septiembre del propio 2018, estas líneas se escriben.

I. EL DIAGNÓSTICO. BREVE REFERENCIA A ALGUNOS HECHOS RECIENTES

Aun cuando se trataba de hablar del futuro, lo cierto es que, para emplear el símil automovilístico que allí mismo invocó Jacques Ziller («los coches tienen un cristal mirando para adelante, pero también necesitan un espejo retrovisor»), el planteamiento del debate partió con la constatación —obvia— de que el cuerpo doctrinal del derecho administrativo, o quizá incluso del derecho en general, está envejeciendo mal y a pasos agigantados. Ese conjunto de ideas sigue exponiendo en los libros y en la docencia universitaria, pero resulta algo cada vez más acartonado y que no resiste el roce con lo que Freud llamaba «el principio de realidad». Necesita un tratamiento *anti-age* y con toda probabilidad mucho más que eso: un *lifting* muy severo.

No se trata, ciertamente, de una observación original, porque son legión los que hace años lo vienen afirmando: la globalización y la digitalización son *tsunamis* que lo están cambiando todo (para empezar, las mentalidades, sea para aceptar el nuevo orden de cosas o, por el contrario, para reaccionar frente a él), de suerte que sería insólito que el derecho, que es un producto cultural (el famoso «espíritu del pueblo» de Savigny, que además lo es de cada concreto tiempo), quedara incólume. Pero, sabiendo que estamos ante algo que nadie ignora, no está de más comenzar, a efectos ilustrativos, recordando algunos hechos recientes (cierto que vistos con las anteojeras, sin duda muy deformantes, de quien tiene el oficio de administrativista). Por ejemplo, y a vuelapluma, los seis siguientes:

1. 2012 fue el año más duro de la crisis en Europa. Las consecuencias pusieron de relieve con toda crudeza que el diseño normativo de la Unión Monetaria era imperfectísimo por incompleto —lo que hoy son los arts. 120 a 133 del TFUE, así como el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, con sus conocidos límites del 3% de déficit público y 60 de deuda acumulada— y que había que cambiar las reglas del juego, tanto en el fondo como en lo institucional.

A tan noble empeño contribuyeron 25 de los miembros de la Unión —es decir, incluyendo algunos que siguen teniendo formalmente su propia moneda— al firmar, el 2 de marzo, el conocido como «Pacto fiscal europeo» (en realidad, Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la Unión Económica y Monetaria).

Pero lo cierto es que el enfermo no dio síntomas de estar reaccionando al tratamiento. Las primas de riesgo de algunos países periféricos (entre ellos, España), que son el termómetro del problema, no solo no se aliviaron sino que subieron en flecha. Y así se llegó al 26 de julio, cuando, en una reunión con inversores en Londres, el presidente del BCE, Mario Draghi, anunció que «haré todo lo necesario para salvar el euro y, créanme, será suficiente». Unas declaraciones de un tono no infrecuente entre los políticos (ya conocemos el percal: expresarse en términos de farol es su manera habitual de relacionarse con el género humano), pero que aquí, por una vez, fueron mano de santo: la típica profecía que se autocumple. Las primas de riesgo comenzaron a bajar a plomo. Unas palabras —informales— de una persona (todo lo importante que fuese su cargo) habían tenido un efecto muy superior al de una norma de tanta relevancia formal como un Tratado. En singular, y por su contenido, ese Tratado.

¿Qué explican los manuales de nuestra asignatura, en España y fuera de ella? Casi da vergüenza recordarlo: que los poderes públicos, en virtud del sacrosanto principio de legalidad, actúan mediante una secuencia en la que primero están las normas y luego vienen los actos (formalizados) para su aplicación. Los dirigentes son, sí, gente locuaz (y de suyo amable: viven de gustar), pero sus manifestaciones constituyen actuaciones «informales», que quedan extramuros del sistema y, por supuesto, son insusceptibles de control judicial. Más aún: si están al margen es precisamente porque se parte de su irrelevancia.

Visto lo sucedido con las declaraciones de Draghi (de las que, para más inri, cabe decir que el específico programa de compra de deuda pública que anunció no se terminó de llevar a la práctica), la conclusión se impone por sí misma: una de los dos cosas (o el discurso jurídico o la realidad contante y sonante) se encuentra equivocado. No tienen ningún punto en común, ni tan siquiera tangencial.

2. En enero de 2015 la sociedad griega se hallaba desesperada. Hacía varios años (desde finales de 2009) que se había puesto de relieve que sus cuentas hacendísticas estaban manipuladas y que la deuda pública alcanzaba una cifra muy superior a la anunciada, hasta el grado de resultar sencillamente inasumible y no encontrar financiadores en los mercados. El resto de los países de la zona euro, actuando por cierto al margen del TFUE según unos y abiertamente en contra a juicio de otros, tuvo que rascarse el bolsillo para acudir en su ayuda (el famoso «rescate»), pero, como siempre sucede, dictó medidas —de hecho, coactivas— que tuvieron como consecuencia inmediata que el PIB se retrajera en más de un 20%: sanear para crecer, de la misma manera que en muchas ocasiones hace falta *reculer pour mieux sauter*. Pero sin que las cosas sean gratis a corto plazo.

En ese contexto social tan venezolano, a las elecciones de enero de 2015 se presentó un partido de esos que se llaman «populistas», que prometió liberar a los griegos de la esclavitud (porque, para más escarnio, los acreedores eran casi todos extranjeros) y he aquí que ganó. La democracia consiste precisamente en eso: la alternativa. Como decía Popper, no tanto el derecho de los representados a elegir a los representantes cuanto a echarlos. Y siempre para que los nuevos apliquen políticas diferentes o incluso contrarias a los anteriores, lo que (volvamos al principio de legalidad, cifra y suma del Estado de derecho) significa, al haber una nueva mayoría parlamentaria, nuevas leyes. Eso es lo que nos explica el derecho constitucional —hay bibliotecas enteras al respecto— y suena muy bonito. Al fondo de todo está la idea de soberanía en el sentido de Westfalia de 1648, solo que ahora con el maravilloso añadido de que esa voluntad omnímoda proviene del pueblo mismo.

El problema está en que, una vez más, estamos ante lo que Gustavo Bueno llamaba el «pensamiento Alicia»: tampoco resiste el menor roce con la realidad. La extinción de una obligación no depende de la voluntad del deudor (casi resulta ofensivo tenerlo que recordar) y en consecuencia el mandato democrático —reforzado posteriormente por un referéndum en junio— se vio traicionado. El nuevo Gobierno, que continuaba requiriendo respiración financiera asistida, hubo de desdecirse de lo que había prometido y los tijeretas en el gasto público fueron incluso superiores a los de otras épocas.

No resulta indispensable explicar que lo presupuestario —el dinero que se recauda coactivamente de los ciudadanos y el destino en que se emplea— constituye el lugar inicial de los conceptos de representación, democracia y (ya en la teoría de las fuentes) reserva de ley. La facultad de imponer tributos y la de decidir sobre el empleo de esos caudales —mediante actos administrativos, en concreto de los llamados «favorables», por oposición a los «de gravamen»— están entre las famosas «marcas de la soberanía», en el sentido de Bodino —el padre conceptual de Westfalia—, y el marco intelectual de los juristas sigue en esa idea. Como si la deuda pública no existiera. O, dicho con más precisión, como si hablar de «deuda soberana» no constituyera de hecho un oxímoron.

Segundo ejemplo de que los de nuestro gremio tenemos la cabeza llena de pájaros. Los conceptos nacieron en un contexto que ha dejado de existir. Sólo el 20 de agosto de 2018 —dos meses después del Coloquio de París del que estas líneas dan cuenta— ha podido la República helena salir del «protectorado» en el que de hecho se encontraba, lo que no significa, por supuesto, que haya dejado de depender de sus acreedores. Y de la Comisión Europea y el BCE.

3. En junio de 2016, los británicos (sobre todo, los que son ingleses y no viven en la metrópoli londinense) estaban hartos de estar hartos de recibir inmigrantes. Culpaban a Europa y a su política de puertas abiertas (la famosa

«libre circulación de personas»), de suerte que pensaron que había que pasar a *to take the control back*, según la frase que hizo fortuna y de la que lo más importante es lo último, el *back*, en cuanto supone una idealización del pasado. De la misma manera que, en las palabras de Trump, *Make America great again*, el peso está en el *again*.

El referéndum del *brexít* se presentó en unos términos según los cuales romper con la Unión Europea («la burocracia de Bruselas», que viene a ser el malo de la película) era del todo posible y, además, y sobre todo, resultaba gratis. Más aún: sería bastante para poner coto a los flujos migratorios. El Reino Unido volvía a ser una isla. Eso es lo que explica el resultado de 26 de junio de 2016: una vez más, democracia a pleno pulmón. Democracia directa, además sin la intermediación de los parlamentarios, que lo manipulan todo. Un mundo verdaderamente feliz. Los autores de los manuales no se habían visto en otra. Y, desde luego, no faltaba un precepto positivo —el art. 50 del TUE— que contempla el escenario de salida y regula el procedimiento para hacerlo: el puente de plata, por así decir.

¿Qué ha sucedido después? Que se ha caído en la cuenta de que la terca realidad es muy otra y no se presta a plegarse ante cualquiera, por mucho respaldo popular con que venga arropado. Para empezar, resulta que no es cierto que el Reino Unido acoja a tanta gente: en relación con nuestro país, por poner un ejemplo muy a mano, sucede que aquí residen el doble de británicos que españoles hay allí. Pero es que además tenemos que los movimientos de personas de aquí o de allá —esos mismos o cualesquiera otros— obedecen a razones mucho más profundas que la existencia de tal o cual norma.

A ello hay que añadir que divorciarse es siempre más complicado que casarse, sobre todo si sucede que en la realidad geográfica —otro engorro difícil de soslayar— el Reino Unido no es tan insular como se imagina, porque una parte de él, Irlanda del Norte, tiene una frontera terrestre con otro Estado que está en la Unión Europea y quiere seguir estando, la República de Irlanda. Y, en fin, ocurre que en ningún caso las rupturas salen de balde: siempre presentan contrapartidas y puede terminar sucediendo que, hechas las sumas y las restas, el saldo acabe presentando números rojos.

En resumidas cuentas, que el art. 50 del TUE, el que abre la puerta a la salida del club, puede decir misa y el pueblo inglés está legalmente facultado para forzar a sus instituciones a poner en marcha el procedimiento, pero, una vez más, las normas, cuando se topan con la realidad, se muestran no ya maleables como los juncos, sino incluso quebradizas como el cristal. La prueba la estamos viendo: la solicitud formal de desvinculación solo se presentó por el Gobierno en marzo de 2017 —la mejor muestra de los temores con que se dio el paso— y el plazo de dos años se aproxima a su vencimiento —se insiste

en que estas líneas están redactadas en el verano de 2018— sin que acierte a verse lo que puede suceder entre tanto.

Nueva prueba de separación entre derecho, incluyendo en él los principios democráticos, y realidad. O incluso contradicción frontal. En todas partes cuecen habas y no solo en los países católicos. O, peor aún, si cabe, de credo ortodoxo, como los griegos.

4. En España también están a la vista muchas manifestaciones del fenómeno en que nos estamos fijando. Entre finales de 2011 y finales de 2015 el Congreso de los Diputados estuvo controlado —una vez más, principio democrático en todo su esplendor— por un partido con una mayoría más que absoluta, que, además, y hasta casi el final de ese período, disponía del mismo poder en la inmensa mayoría de las comunidades autónomas. Y bien que hizo uso de ese dominio, dictando normas legales una detrás de otra. Por ejemplo, en materia de electricidad, donde la Unión Europea, aunque ha incursionado —por ejemplo, para postular el fomento de la producción con fuentes renovables—, lo ha hecho dejando un vasto margen de poderes en las manos de los Estados miembros.

El punto de partida estaba en el hecho de que, en la época inmediatamente anterior a 2011, en plena bonanza, se habían dictado normas para atraer inversiones en el sector, ofreciendo garantías de estabilidad a lo largo de la vida de las plantas, normalmente treinta años o más. Y lo cierto es que el diseño debió ser feliz, porque el propósito se consiguió: vinieron a la piel de toro capitales del mundo entero, por entender que las condiciones ofrecidas —un auténtico panal de rica miel— eran mejores que las de ningún otro lugar. La globalización consistía, entre otras, en eso: echa a los países a competir entre ellos para atraer fondos. Es como un concurso de belleza.

La contrapartida del modelo así regulado es fácil de imaginar: esos rendimientos los tenía que pagar alguien, entendiendo por tal el consumidor de electricidad. Y sucede que vino la crisis y la demanda de kilovatios se hundió: las industrias dejaron de producir y por tanto necesitaban menos luz. El sistema eléctrico había asumido unos costes fijos para los que los ingresos no alcanzaban. Y las autoridades españolas entendieron que eran libres de desdecirse de lo prometido y recortar los derechos económicos de los que habían invertido en esas instalaciones. Así se decidió soberanamente, con disculpas por la expresión, por los representantes democráticos mediante dos normas de rango legal en el año 2013.

Sucedió además que, pese a las garantías constitucionales (arts. 33.3 y 106.2: indemnización en caso de privación o lesión de derechos, así como art. 9.3: garantía de irretroactividad de las disposiciones restrictivas), tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo, atendiendo a las exigencias de lo que se presentaba como un verdadero «estado de necesidad», se mostraron

complacientes, en la mejor tradición cortesana de nuestros órganos jurisdiccionales.

Pero aquí también terció otro dato, que, a diferencia de lo sucedido en las tres situaciones que hemos referido, formaba parte del planeta de lo estrictamente jurídico, aunque eso sí, en su variante internacional. Resulta que a comienzos de los años noventa del pasado siglo, y para ayudar a los capitalistas occidentales en las Repúblicas soviéticas que acababan de salir de la URSS, se elaboró un llamado Tratado de la Carta de la Energía, que prometía para los inversores foráneos un *trato justo y equitativo* (no cabe imaginar unos conceptos con mayor grado de indeterminación), ofreciendo, en caso de contravención, la vía del arbitraje. España suscribió el compromiso, lo mismo por cierto que la propia Unión Europea, para favorecer la expansión de sus empresas y sin dar importancia al principio de reciprocidad: cuando el firmante es el receptor de las inversiones, se aplican las mismas reglas. La limitación de la soberanía legislativa —una limitación voluntaria, sin duda— o es para todos o no es.

Lo que ha venido después resulta conocido. Algunos extranjeros (porque solo para ellos está abierta la posibilidad, en un caso evidente de discriminación a la inversa) acudieron a esos foros y resulta que ganaron, reconociéndoseles unas indemnizaciones cuantiosas, porque ya se sabe que en estas materias no hay cuantía pequeña. Y no solo eso: en los pleitos, el debate ha sido esencialmente de matemática financiera. Todo ha girado sobre el VAN, el WACC, el TIR y demás conceptos de dicho mundo, que a los juristas les resultan esotéricos —los planes de estudios de las Facultades de Derecho siguen siendo alérgicos a ello—, salvo que luego hayan desplegado un esfuerzo descomunal de eso que se llama «educación de adultos».

Es cierto que la doctrina dominante, la que se recoge en los manuales de Derecho y se explica a los alumnos en la Universidad, ya lleva tiempo recogiendo el hecho incontestable de que el legislador español no es hoy el que era ayer, porque ahora se encuentra con las limitaciones constitucionales —so pena de invalidez en caso de contravención— y las europeas —inaplicación— que conoce todo el mundo. Pero en este otro condicionante (se reitera: jurídico, no económico ni geográfico, como sucedía en los tres escenarios anteriores) apenas se suele reparar. Y existe. Vaya si existe. Las condenas dictadas ascienden a varios cientos de millones de euros y eso que aún quedan muchos laudos.

A todo lo cual hay que añadir lo chistoso de que quienes en España son *los alguaciles* (el Tribunal Constitucional y el Supremo, acostumbrados a mirar por encima del hombro al mismísimo lucero del alba y que si tuvieron que tragarse el marrón de resolver esos recursos fue porque en ellos no disponen del filtro de admisión que tanto disfrutaban en tener cerrado a cal y canto) pasaron

a verse *alguacilados*. No ya porque se sometieran a crítica entre la gente —a los abogados hay que escucharles: ponen a ambas instituciones a parir—, sino porque, en el mundo globalizado que tenemos, en el que cada uno de los Estados tiene que ganarse su lugar en una lucha que es encarnizada, disponer de lo que España dispone a la hora de dispensar justicia es todo menos un punto a favor: algo que, bien al contrario, objetivamente está entre los factores que incrementan la sensación de riesgo y por tanto hacer subir lo que quienes tienen el dinero piden como prima. Son, sí, elementos que encarecen las cosas.

5. El quinto de los asuntos a relatar no se refiere a un espacio concreto, sea la Unión Europea, Grecia, el Reino Unido o España, sino que tiene por objeto un fenómeno que se da en todas partes. Transversal, como se dice ahora.

En todas partes el uso de los terrenos y los edificios de los centros de las ciudades se encuentra intensamente regulado por los poderes públicos. En eso consiste precisamente el urbanismo, cuya pieza estructural son los planes, donde se establece, a nivel de molécula, qué se puede hacer (y qué no) en cada palmo cuadrado del territorio. Se trata de un sector muy importante del derecho administrativo, de cuyos conceptos esenciales se nutre: los contenidos de los planes constituyen decisiones públicas de la clase de las discrecionales, siendo así que por el contrario los actos de aplicación —las licencias— son reglados. Una película muy antigua y que conocemos muy bien, repitiéndola a diario. Y he aquí que la medida primera y más relevante de los planes está en determinar el destino de cada cosa, el *uso* del que antes se ha hablado, que representa un concepto no solo coloquial, sino también técnico: o bien residencial —donde vive la gente, propietarios o no, con carácter más o menos estable— o bien, como alternativa, hospedaje, dentro del terciario —hoteles, pensiones o figuras análogas—. Todo está muy claro.

¿Qué es lo que ha venido a perturbar la tranquilidad de esas aguas? Son muchos factores, pero entre ellos no es el menor la aparición de líneas aéreas *low cost*, que han hecho que volar haya dejado de ser un lujo reservado a unos pocos privilegiados. Las ciudades (en España, desde luego, Madrid, Barcelona, Sevilla, Málaga o San Sebastián, pero el hecho es, se insiste, mundial) reciben cada vez más gente y esa demanda de alojamiento ha generado su propia oferta: ya no son solo los edificios terciarios, sino también los residenciales los que se emplean por los turistas. Las determinaciones de los instrumentos de planeamiento, con su exquisita distinción entre el uso de vivienda y el de hospedaje, se han visto sobrepasadas por la realidad¹. Lo que, como siem-

¹ La mejor referencia al respecto está en el conocido urbanista americano Richard Florida, que ha recogido y sintetizado sus opiniones en el reciente libro *The New Urban Crisis*, Basic Books, 2017.

pre sucede, presenta ventajas (mayor dinamismo económico), pero también inconvenientes (efecto expulsión de los vecinos por razones de precios, por ejemplo). Las monedas tienen dos caras.

En la medida en que se trata de un fenómeno típicamente urbano, o sea, ceñido a las ciudades, han sido los municipios los que, a pesar de lo angosto de sus facultades normativas, se han lanzado a regular el fenómeno, dando lugar a su vez a una conflictividad jurídica cuyos resultados están, de momento, por ver.

Moraleja: también en el terreno del urbanismo, que es uno de los núcleos del Derecho Administrativo tradicional, el de *orden y mando*, el ordenamiento sigue yendo por un lado (al menos, el ordenamiento por así decir convencional, sobre el que la doctrina trabaja) y la realidad por otro. Aquí y en Lima.

6. En fin, y para no hacer inagotable el catálogo, mencionemos con toda brevedad un nuevo fenómeno globalizado y urbano: lo referido a los vehículos de transporte.

En todos los municipios del mundo hay taxis, que son un servicio público de titularidad local y sometido a un régimen semiconcesional (el famoso servicio público virtual o impropio), con una reglamentación teóricamente tuitiva de los clientes pero que ha terminado dando lugar a que los precios resulten carísimos: ya se sabe que hay cariños que matan. Y con una calidad que en ocasiones deja que desear, empezando por la higiene. Nada hay menos *cool* que muchos de esos vehículos y (dicho sea con todo respeto) de las personas de sus conductores.

Eso explica que aquí también se haya abierto un espacio para los competidores *low cost* (y, además, *better service*), los Uber, Cabify y demás, que en España se conocen como VTC. Sin ánimo de entrar en la letra pequeña, hay que indicar que el legislador (el del Estado) se ha mostrado poco fino a la hora de liberalizar, lo cual se explica, entre otras razones, porque el transporte —de personas y de mercancías— es un sector estratégico y la gente que trabaja ahí, desde los controladores aéreos hasta los estibadores portuarios, tiene una enorme capacidad de presión, rayana en el chantaje. Con lo que las competencias públicas en el sector, que son del Estado, al menos en parte, en lo normativo, se han convertido en una *hot potato* (incandescente, incluso) de los que la clase política —que no ignora que las competencias, una vez que se tienen, son irrenunciables y de ejercicio obligatorio— huye como de la peste. El Ministerio de Fomento ha intentado pasarle el muerto a las comu-

Ofrece datos demoledores: el porcentaje de familias de clase media residentes en el centro de las ciudades ha pasado entre 1970 y 2012 del 65 al 40%. El resto de la población se está asentando en guetos, lo sean para pobres o también para ricos.

nidades autónomas, pero estas, siempre tan ávidas de conservar sus poderes e incrementarlos (recuérdese que los juristas de cámara de la Generalidad de Cataluña que elaboraron el Estatuto de Autonomía de 2006 recabaron para sí propios la noción militar de «blindaje», que dio lugar a una encarnizada batalla ante el Tribunal Constitucional, solo resuelta, en teoría, en 2010), se resisten como gato panza arriba.

Una vez más, el hecho contrasta con lo que los profesores escribimos y explicamos: que, en un Estado territorialmente plural, cada una de las unidades —el poder central y los que no lo son— propende, al modo de la entropía según la termodinámica, a maximizar su ámbito de poderes, al grado de que existen figuras procesales —por ejemplo, el conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional— al servicio de esa disposición de espíritu. Y ahora resulta que, al menos en este concreto caso, no es así.

Los ejemplos pudieran seguir, pero con esos seis ha de bastar. Estamos en un mundo en proceso de cambio acelerado (con perdón por el descubrimiento del Mediterráneo), para bien de unos y mal de otros, y eso significa que todo lo antiguo se tambalea y tiene que adaptarse. Con ello se alude, entre otras muchas cosas, al derecho administrativo, que, en ese contexto, se está mostrando grasiento y poco ágil. El legislador va más o menos cayendo en la cuenta de lo que está pasando, aunque solo sea porque no ignora la fuerza normativa de lo fáctico, en el sentido de Jellinek, pero a la doctrina le cuesta mucho más.

En lo que se acaba de afirmar hay dos cosas: a) la constatación de una realidad y b) también una denuncia. Pero sobre esto último hay que formular una puntualización, porque no puede ignorarse que el derecho —entendido ahora sobre todo como un conjunto de normas— está para prescribir, no para describir. Las leyes físicas *describen* unos hechos (la gravitación universal de Newton, la expansión de los gases de Gay-Lussac, las reglas de la termodinámica de Boltzmann) y por tanto se mueven en el plano del ser: por eso se cumplen siempre. Por el contrario, las leyes jurídicas están para *prescribir*, o sea, establecen un deber ser: que no se cometan asesinatos, que no haya violencia de género, que no se trapichee con droga, que los conductores de vehículos vayan despacio. De ahí que esos mandatos luego se observen o no: todo designio normativo acaba presentando, en uno u otro grado, un déficit de ejecución. Y sucede que el ser y el deber ser tienen cada uno su autonomía: la famosa «navaja» de David Hume. Dicho con otras palabras y llevando las cosas al límite de lo caricaturesco: del hecho de que se perpetren delitos, o sea que el Código Penal se incumpla a veces, no se debe concluir que hay que derogararlo.

Pero lo que sucede es que esa separación entre ambas esferas (la tal «navaja») tiene, a su vez, sus límites, porque, si el mundo del deber ser lo emancipa-

mos del todo de la realidad, lo que hacemos es caer en el autismo, que resulta, ahora sí, una patología y como tal debe ser denunciada.

Trazar la raya exacta entre lo uno y lo otro (dicho de otra manera, dónde está el punto en el que el jurista, como estudioso de las normas y elaborador de conceptos, debe capitular ante la realidad) es algo que no puede hacerse a punto fijo y de una vez por todas. La respuesta es, como dicen los jesuitas, casuística, lo que significa tanto como dejar que esa línea la trace cada quien y sin más norte que eso que conocemos como *el ojo de buen cubero*. Situados en ese contexto tan subjetivo y poco dogmático, quien estas líneas suscribe piensa, entendiéndolo que recoge una opinión extendida, que, en efecto y como se indicó al inicio, el derecho administrativo, en España y no solo en España, está muy necesitado de renovación dogmática. Nadie ignora que siguen existiendo las realidades de siempre, que podemos ver encarnadas, por ejemplo, en la multa de tráfico por exceso de velocidad y el recurso contencioso contra ella. Eso no ha desaparecido y con toda probabilidad no va a desaparecer jamás o al menos en años: en muchas ciudades pequeñas y medianas de España, incluyendo la mayoría de las mortecinas capitales de provincia, sigue siendo lo único que hay, porque la vida es tan sórdida que la tarea de la Administración no consiste sino en recaudar impuestos —esquilmando así a los pocos que pueden tener acaso alguna iniciativa— para, con ese dinero, pagar a los funcionarios que se encargan precisamente de esa tarea. Un verdadero círculo perfecto, sin la menor capacidad de mejorar la vida de tan pobre gente; con el bostezo como empeño mayor de la existencia, cuando no el puro *toedium vitae*. Lo menos globalizado y *fresh* que imaginarse pueda. Y no hace falta poner ningún nombre de ciudad porque los candidatos son muchos y ponen difícil la selección. La España en blanco y negro.

Pero no nos engañemos con esa referencia tan *micro*: los grandes conceptos se elaboraron en un determinado contexto político y, sociológico e ideológico, siendo así que en el mundo, y desde luego en los grandes núcleos urbanos, todo ha cambiado y sigue cambiando a diario.

Es en esa línea en la que deben entenderse los seis escenarios que se han relatado: a) Los poderes públicos no actúan solo mediante normas y actos; b) El Estado deudor es cosa nueva y que, fruto de su mala cabeza, se ve castigado con haber sido privado de sus atributos esenciales; c) La pérdida de soberanía derivada de estar en la Unión Europea es solo una parte de la merma total, de suerte que con salirse de Bruselas no se recupera la posición inicial; d) Un Estado en cuyo Parlamento hay un partido con mayoría absoluta es poderoso a la hora de legislar, pero tiene como límites formales (las materias son otra cosa) no solo los constitucionales y europeos, sino también otros, que él mismo asumió voluntariamente porque entendió que las contrapartidas eran mayores; e) La ordenación del territorio urbano contenida en los instrumentos

de planeamiento se ha visto en muchos casos desbordada y suplantada por las dinámicas turísticas; y f) Los servicios públicos de taxis se han revelado poco atinados a la hora de la calidad (y, menos aún, de la relación calidad-precio) y eso está generando actividades paralelas, de coexistencia nada sencilla.

En última instancia y para resumir, de nuevo con afirmaciones tan obvias que hay que pedir disculpas por ellas: si el imperio de la ley —palabras bellas, sin duda— está en cuestión, la crisis salpica de inmediato al acto administrativo, que es nuestro concepto central. Sobre todo, el de gravamen, que es el que tenía en la cabeza el maestro Otto Mayer. Cuando llegó el Estado prestacional y con él se extendieron los actos favorables, la doctrina se reveló flexible para dar cobijo a las nuevas realidades. Pero esta otra sacudida —el repliegue del Estado en los años noventa del pasado siglo y su nuevo despliegue, cierto que sin orden ni concierto, a partir de 2007/2008 como consecuencia de la recesión: unos movimientos que, vistos en su conjunto, tienen mucho de sincopados o incluso taquicárdicos— se está mostrando más fuerte y su encaje presenta una dificultad mucho mayor. En esas estamos y, como diría el clásico, «de eso tenemos que hablar». Todos los juristas —del mundo entero— y nosotros más aún. En ese contexto, *Sciences Po* de París tomó la iniciativa, hace más de diez años, de instituir una Cátedra denominada «Mutaciones de la Acción Pública y del Derecho Público», de la que quedó encargado, cómo no, Jean Bernard Auby. El coloquio del 21 y 22 de junio de 2018 ha sido convocado precisamente como balance de sus actividades.

II. MENCIÓN A LA BIBLIOGRAFÍA QUE SE HA OCUPADO DE ESTOS ASUNTOS

Por supuesto que sobre esta problemática comienza a haber ya bibliografía. Paradójicamente (o no), están siendo los pensadores veteranos los líderes de la reflexión. Los imberbes parecen encontrarse ausentes, pese a ser las criaturas del nuevo tiempo. Quizá sea que por eso mismo les falta perspectiva.

Pero hagamos un breve repaso por procedencias geográficas, que es —si-gue siendo— un criterio muy importante.

A) Si el derecho administrativo (entendido, por supuesto, como un conjunto de conceptos: es un *Professorenrecht*, más que una suma de preceptos, por mucho que se apoye en estos y en eso consiste precisamente el principio de legalidad) constituye una aportación francesa al mundo —es la tesis del maestro Enterría en su libro sobre la revolución de 1789, y que hoy puede tenerse por universalmente aceptada—, no sorprenderá que fuera precisamente

allí —y en lo que culturalmente son sus colonias, como la pobre Bélgica— donde el asunto se planteara en primer lugar. La referencia mayor es el artículo del propio Auby, «La bataille de San Romano. Reflexion sur les évolutions récentes du droit administratif», donde, con tono rayano en lo apocalíptico, se mencionaban tres «factores de desestructuración, a saber: a) la globalización; b) la descentralización del poder, y c) la desestatalización de la sociedad, en el sentido de que el Estado vivía un proceso de reducción en favor del mercado por una parte y de los ciudadanos por otro»².

Y es que tanto Duguy como Hariou, por poner el foco en su sitio, parían justo de lo contrario: un Estado autosustentado, monolítico y a cuya permanente expansión no se oponía nada.

En el tiempo transcurrido desde 2001 se han sumado otros autores, en un sentido siempre de lamentación: estamos ante el final del derecho administrativo, o al menos el derecho administrativo que hemos conocido, porque su razón de ser, el Estado, es hoy una criatura *toto coelo* diferente. Por ejemplo:

- Pontier, J. M., «Qu'est-ce que le droit administratif», en la misma revista, 23 de octubre de 2006, págs. 1937 y siguientes.
- Martens, P., «Que rest-t-il du droit administratif», en *Administration publique*, 30, 2006, tomo I, pág. 1 y siguientes.
- En fin, el libro de Caillosse, J., *La Constitution imaginaire de l'administration. Recherches sur la politique du droit administratif*, París, PUF, 2008.

Hasta aquí, lo francés.

² *Actualité Juridique-Droit Administratif*, 20 de noviembre de 2001, págs. 911 y siguientes.

Como sabe cualquier persona medianamente culta, «la batalla de San Romano» (también, «la derrota de San Romano», en referencia a una contienda armada entre los de Florencia, que ganaron, y los de Siena, que perdieron) es un tríptico o conjunto de tres pinturas, obra de Paolo Uccello, de 1456, lo que quiere decir en estilo renacimiento. Como consecuencia de una serie de avatares que no son del caso, cada una de las tres está en un sitio: la Galería de los Uffici en Florencia, el Louvre de París y la National Gallery de Londres, que, para Auby, llevadas las cosas metafóricamente al terreno del derecho administrativo, encarnan respectivamente lo nacional (lo que está en crisis), lo europeo y lo global.

Del propio autor tenemos el libro *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ, París, cuya 2ª edición es de 2010. Hay versión española (*La globalización, el derecho y el Estado*) en Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, INAP, 2014.

B) El otro centro de pensamiento dentro de Europa continental es, cómo no, Alemania. Allí el cambio se ve de otra manera, menos dramática por así decir, porque, más que hablar del final del derecho administrativo, se resalta que estamos ante *un nuevo* derecho administrativo. El cambio consistiría en que la actuación de los poderes públicos habría dejado de formalizarse en órdenes concretas para pasar a consistir sobre todo en una tarea de dirección o *Steuerung*, lo que en inglés es *steering* (y siempre en el marco del tránsito del Estado social o *Leistungsstaat* al Estado garante o *Gewährleistungsstaat*). El texto fundacional vendría a ser el libro colectivo de 2007 dirigido por M. Ruffert, «The Transformation of Administrative Law in Europe»³. Y también, sin ningún ánimo agotador:

- Hoffmann-Riem, M., «Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft», en *Juristenzeitung*, 5.62, 6 de julio de 2007, págs. 645 y siguientes.
- Schmidt-Assmann, E., «Principes de base d'une reforme du droit administratif», en *Revue française de droit administratif*, 2008, en dos partes: mayo-junio, págs. 427 y siguientes y julio-agosto, págs. 667 y siguientes.
- Sobre todo, Chuppert, G. F., «Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft im Wandel. Von Planung über Steuerung zu Governance?», en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, B. 133, 2008, págs. 79 y siguientes.
- Kahl, W., «What is New about the New Administrative Law Science in Germany», en *European Public Law*, 16, 2010, págs. 105 y siguientes.

En la misma línea tenemos incluso una aportación de un país tan singular —y feliz— como Canadá, con referencia explícita a la postmodernidad: K.-H. Ladeur, *The evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law*, Osgoude Hall Law Series, u. 16/2011.

C) Pero luego está Estados Unidos, un país que en esto del derecho administrativo tiene su propia historia incluso dentro de mundo anglosajón. La *administrative Procedure Act* de 1946, la célebre APA, resulta en efecto muy suya. No hará falta extenderse en explicarlo.

En la *Harvard Law Review* hay dos artículos que citar. En 2009 publicó Adrian Vermeule su conocido «Our schmittian administrative law» («Nuestro

³ München, Seiler.

derecho administrativo de Carl Schmitt»), que gira sobre lo que en inglés es la *emergency*, o sea, la situación (y, en consecuencia, el derecho de situación). Poniendo las cosas en su contexto —hay nombres con mucha historia—, pudiera pensarse en un trabajo de denuncia. Pero no es así. El autor, luego de contraponer a Schmitt y al *Rule of law*, analiza lo que para él son «Agujeros negros» (con el propio concepto de «Agencia» en primer lugar) y lo que llama «Agujeros grises», en donde la exposición empieza por el *Soft law*. Y el punto de llegada es la proclamación del carácter inevitable del *schmittian administrative law* o incluso una reivindicación de sus teorías. Con una conclusión que merece verse reproducida (en el idioma original):

Legal black holes and legal grey holes are not confined to Guantánamo Bay, or to kafkaesque literary nightmares about sham adjudication. They are integral to the administrative state, and can be observed on location in the federal courts of appeals after 9/11. Indeed they are inevitable; no legal order governing a massive and massively diverse administrative state can hope to dispense with them, although their scope will wax and wane as time and circumstances dictate. Theorists of the thick rule of law are entirely correct that legal black holes and grey holes are best understood through the lens of Carl Schmitt's view of emergencies, law, and the state, they are only wrong in thinking that anything can be done about this state of affairs. In this sense we should recognize that the APA and its accumulated doctrines and practices are, and always will be, our Schmittian administrative law.

El segundo de los artículos es mucho más reciente, de este mismo 2018, y lleva el título, verdaderamente provocador, de «The morality of administrative law» (en relación, por supuesto, con el del libro de 1969, o sea, hace casi cuarenta años, *The morality of law*, de Lon L. Fuller). Se trata de un comentario crítico de decisiones de activismo judicial, por así decir, en particular en lo relativo a un asunto tan intrincado y tan incapaz de soluciones sencillas como la prohibición de retroactividad.

D) Sabino Cassese resulta, en este relato, de mención obligada. Es italiano, sí, pero puede tenerse por un referente universal: *el* referente por antonomasia. Apenas habrá que recordar dos trabajos suyos, ambos en ICON —la publicación de la *International Society of Public Law*, de la que el propio Cassese es presidente de honor—, a saber:

- «New paths for Administrative Law: a Manifesto», 2012, 10 (3), págs. 610-613.
- «Public Law in Crisis», 2017, 15 (3), págs. 585-598.

Y, por supuesto, y previamente, su monumental *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*⁴. Un lujazo.

E) Tenemos, en fin, España, donde creo que sería injusto no poner en la cabeza del movimiento a Alejandro Nieto, prácticamente contemporáneo de Cassese pero también en plena forma física e intelectual. Dos que parecen haber encontrado lo que no supo hallar Ponce de León: la fuente de la eterna juventud, también esquivada, por volver a lo nuestro, e insistiendo en la idea, a los conceptos elaborados por Otto Mayer.

Nunca se ha ocupado de la globalización con carácter explícito, ni de la integración europea ni (apenas) de la descentralización ni de las privatizaciones de empresas públicas de hace veinte años, pero lo que ha hecho tiene mucho más mérito: haber denunciado que el derecho administrativo en su visión dominante, con su positivismo legalista y la teoría de la unidad de solución justa a la hora de la aplicación, con el acto administrativo de la clase de los reglados como arquetipo, está obsoleto, si es que acaso alguna vez se adecuó del todo a la realidad⁵.

En su estela pueden citarse, sin ofender a los que no se mencionan, a:

- Parejo Alfonso, Luciano, *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, en la misma editorial, 2012.
- Barnés, Javier, *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y reto del Derecho Administrativo contemporáneo*, en la misma editorial, 2015.
- Esteve Pardo, José. *El desconcierto del Leviatán*, con el subtítulo de *Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons Ediciones Políticas y Sociales, Madrid, 2009.

⁴ Giuffré, Milano, 2010. Hay versión española en Global Law Press-Editorial Derecho Global, INAP, (Sevilla, 2014).

⁵ Valga, por todas las referencias, la de su último libro, *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, Sevilla: Global Law Press-Editorial Derecho Global, INAP, 2017. Sobre todo los capítulos tercero («De un Estado a otro», págs. 65-120) y octavo («Caída del imperio de la ley y de su paradigma», págs. 327-383).

Por supuesto que, dado que se trata de un discurso elaborado *a la contra*, lo mejor es ver las cosas en términos de polémica. Sigue siendo de mención obligada, veinte años más tarde (es de 1998), el intercambio de ideas con Tomás Ramón Fernández, de altísimo nivel, *El derecho y el revés: diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Barcelona: Ariel.

Obsérvese que ya el título proviene (cierto que con los términos invertidos) de Albert Camus, nada menos.

– Darnaculleta Garcella, Mercé y otros (eds.), *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*, misma editorial, 2015.

Todos ellos, por cierto, germanoparlantes. Una coincidencia.

Esa es, dicho solo para situarnos, la doctrina que hasta ahora se ha ocupado del asunto. La que había que conocer para ir al debate con un mínimo de ilustración.

III. EL COLOQUIO DE PARÍS DE 2018

En su artículo de 2001, Auby habló, se insiste, de unos rasgos del tiempo nuevo —globalización, descentralización, desestatalización— que para él eran, y así se les llamaba, factores de desestructuración, es decir, destructivos. Pero, se comparta o no esa manera de ver las cosas, sucede que desde entonces todo se ha vuelto más intrincado, si cabe. Primero, porque el desarrollo tecnológico, la famosa digitalización, se ha acelerado y muchísimo, al grado de que todo lo referido a la información (los mecanismos de toma de decisiones públicas —su transparencia— y la protección de los datos personales, por ejemplo) ha pasado a ocupar el lugar central. Segundo, porque la crisis de la última década, solo solucionada en parte, ha cambiado la mentalidad de mucha gente, en el sentido de haber puesto el foco de las quejas, más que en el tamaño, mayor o menor, de los poderes públicos, en los elementos por así decir de calidad —la mejor gobernanza, entendida en sentido material, que es algo distinto y más profundo de la gobernabilidad como noción formal y vinculada sólo a la aritmética parlamentaria—, lo cual se manifiesta en muchas variables. La necesidad, más aún en los países del euro, de extremar la fiabilidad de las cuentas públicas para que no vuelva a suceder lo de Grecia —de ahí el nuevo Sistema Europeo de Cuentas o, a nivel mundial, las disposiciones del FMI— es una de ellas, pero solo resulta inteligible en un marco más general, en el que los mecanismos de la representación democrática (que hasta ahora pasaban casi en exclusiva por los partidos políticos de corte tradicional, con lo que ello implica de clientelismo y corrupción estructural, sobre todo en el sur de Europa) están en cuestión, aunque en lo formal se mantengan inercialmente en pie.

El programa del coloquio parisino comenzaba en la tarde del jueves 21 con tres talleres paralelos, dedicados respectivamente a la regulación (con nuestra Marta Franch, por cierto, como una de las dos «Discussants»); a las ciudades (inteligentes), en sesión presidida por Luciano Vandelli, a quien también podemos considerar nuestro; y, en fin, al derecho administrativo global y europeo.

Pero el plato fuerte se reservó para el viernes 22. Hay que exponerlo con detalle.

1. **ALLOCATION D'OUVERTURE (A CARGO DEL DIRECTOR DE SCIENCES PO, FRÉDÉRIC MION). INTRODUCTION, THE CURRENT STATE OF ADMINISTRATIVE LAW (EN INGLÉS EN EL PROGRAMA, DE —CÓMO NO— SABINO CASSESE)**

No es cuestión de reproducir aquí su intervención entera, riquísima en matices en la descripción de las contradicciones estructurales del tiempo en que nos ha tocado vivir. Sus conclusiones fueron tres. Primera, que tenemos que acostumbrarnos a emplear métodos evolutivos o dinámicos en el análisis de las instituciones sociales; no llegó a citar como mentores a Darwin y a Lamarck, pero casi. Segunda, que debemos pasar a ver a los Estados como parte constituyente de la globalización —no como el contrapolo de la misma—, lo que hace que muchos de sus órganos actúen en modo internacional y con algo parecido al famoso desdoblamiento funcional que explican los expertos en integración europea, para lo cual resulta obligado, de entrada, mejorar el arsenal de instrumentos de medida de la calidad de los propios Estados, que sigue siendo muy pobre. Y tercero:

[...] deterritorialization and reterritorialization of the State, globalization and resurgence of the State, denationalization and renationalization require both the discovery of new concepts and the rescue of old traditions.

The first task has to start from the recognition of universal principles, from human rights to the right to a hearing and transparency, that are globally recognized, but become diverse when percolate in different national setting.

The second implies an invitation to turn back the clock, to the rediscovery of traditions that became obsolete as a result of the predominance of the nationalistic approach.

Lo dicho: fue muy celebrado.

Y, a partir de ahí, con cuatro «partes» (o bloques), a saber:

2. **PREMIÈRE PARTIE: LES MOTEURS DE LA TRANSFORMATION DU DROIT ADMINISTRATIF**

Las ponencias a su vez fueron tres, con buena selección de temas y de personas.

La primera de ellas, *Technological change and administrative law*, estuvo a cargo de Herwig Hoffmann, profesor en la Universidad de Luxemburgo. Expuso que el *Law of information* había pasado a situarse como parte central del

derecho público y además con una particular sensibilidad a los cambios tecnológicos. Recordó su origen en la Constitución de Suecia del remoto 1766. Se fijó, ya como norma moderna, en el art. 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2001 («Derecho a la buena administración»), recordando lo difícil que es alcanzar (y medir) el umbral de efectividad. Y concluyó señalando los retos: a) Todo lo relativo al «big data»; y b) La necesidad de enfrentarse, jurídicamente hablando, al *decisión making* de los poderes públicos cuando se realiza de manera automática o incluso algorítmica.

Luego habló Michel Bouvier, emérito de la Universidad de París Panthéon-Sorbona, sobre *Les mutations du droit public financier a l'avantgarde des transformations actuelles et futures du droit administratif*. Puso el foco en el derecho presupuestario y la contabilidad pública, indicando que sirve como señal de alerta de los problemas más serios.

En un cuadro más amplio, que incluye al derecho administrativo en su conjunto, disertó sobre la necesidad de las cosas en relación inmediata con la economía. De acuerdo con ese planteamiento, remontó el origen de la quiebra del modelo tradicional a los choques petroleros de 1973 y 1979, que pusieron término a los años que en Francia se conocen como «los treinta gloriosos» y que supusieron el final del keynesianismo. Luego, en los años ochenta y noventa, vino, en el pensamiento económico, el dominio de la escuela del *Public Choice*, que se tradujo en el derecho administrativo en la irrupción de los modos privados de gestión o incluso de titularidad empresarial, las famosas privatizaciones. Un derecho que *va et vienne*.

Finalmente, volvió al derecho que él llamaba «público financiero», lo que nosotros llamaríamos presupuestario, recordando que a los principios tradicionales de anualidad e integridad hay que sumar hoy el que calificó como «principio de sinceridad contable».

La tercera y última ponencia de la primera sesión, a cargo de Gordon Anthony, de la Queen's University de Belfast, llevó por rubro (*De*)*globalisation and administrative law: the case of Brexit* y en esencia consistió en analizar la salida del Reino Unido de la Unión Europea como un fenómeno, en efecto, de desglobalización. Al respecto empleó varios instrumentos de medida, lo más cuantificados posible, de ese fenómeno que, en terminología de nuestro Jardiel Poncela, calificaríamos de freno y marcha atrás. En concreto, distinguiendo cuatro aspectos:

- Formulación de reglas.
- Ejecución de las mismas.
- Desarrollo de principios (por ejemplo, proporcionalidad o respeto de las expectativas legítimas).
- Marco geográfico de las políticas.

Y obteniendo la conclusión de que, retórica aparte, bien poco van a cambiar las cosas con la salida, así termine siendo finalmente una u otra (dura o blanda) la modalidad. Sobre el lema de *to take the control back*, en el que entró a fondo, echó un verdadero jarro de agua fría.

En fin, la sesión —la primera parte— concluyó con la intervención como *discussant* de un pensador americano (aunque expresándose en la lengua de Molière con precisión envidiable), Peter Lindseth, de Connecticut, del que debe destacarse su sinceridad. Vino a recordar la obiedad consistente en que es más fácil ser historiador que futurólogo y en cualquier caso puso de relieve, mirando hacia atrás, que no cabía engañarse con la noción tradicional y absoluta de soberanía: una cosa es tomar decisiones y otra distinta (y de lo que Bodino no se ocupó) poder prever sus consecuencias, que siempre o casi siempre son distintas de lo pensado, o a veces incluso contrarias a ello. Otra intervención de interés y que se vio muy aplaudida.

3. *DEUXIÈME PARTIE: OBSERVER LES EVOLUTIONS DU DROIT ADMINISTRATIF*

Consistió en la exposición de las conclusiones de los tres *workshops* de la tarde anterior. La tercera de ellas, a cargo de la profesora Emilie Chevalier, de Limoges, resultó particularmente feliz, subrayando que las exigencias de «procedimentalización» de las decisiones, lejos de batirse en retirada, incrementaba su presencia.

A todos ellos les respondió Ulrich Stelkens, de Speyer, que denunció que, ante la complejidad de nuestro tiempo, corremos el riesgo de perdernos en su descripción, ya por sí una brava empresa, y no dar un paso más. Invitó a pensar sobre el significado de las palabras: ¿estamos ante nuevas *formas* de actuación administrativa o solo ante una renovada presentación de las mismas, una suerte de mero maquillaje?

El debate posterior también resultó muy vivo, empezando por un diagnóstico nada complaciente. Es verdad que Europa parece estar en trance de saltar en mil pedazos, en una suerte de balcanización, pero la cosa se agrava si eso no significa un retorno a los Estados, porque cada uno de ellos también se está balcanizando y se asemeja en su interior a una olla a presión: cuando no son los recortes del gasto público, o los malos manejos de sus gobernantes, son las reacciones frente a las avalanchas migratorias. El derecho —las normas y la ciencia— fue en otras épocas, sí, un instrumento de cohesión y pacificación, como antes lo había sido la religión, pero hoy ha dejado de serlo —la credibilidad de los órganos judiciales, por otra parte nada transparentes, anda también por los suelos— y nada ha ocupado su lugar.

Dentro del mundo del derecho, a su vez, hacen falta, como en la navegación, unos puntos fijos. Y aquí no se encuentran por ninguna parte. Seguramente, a fuer de complejidad, hemos terminado llegando al puro caos.

Ese fue el punto de partida (nada novedoso, por otro lado) del debate y he aquí que es sobre esas ascuas sobre lo que hay que intentar edificar lo nuevo en el derecho administrativo. Estamos en mantillas y los remedios se expresan de manera vaga y, por así decir, con ideas que tienen mucho de tópicos: de la interdisciplinariedad, sobre todo, en relación con la ciencia de la administración, se habló mucho. Tal vez no resulte aventurado pensar que en Francia y en Alemania ese camino se haya empezado a transitar hace más tiempo.

4. TROISIÈME PARTIE: LES DÉFIS DU DROIT ADMINISTRATIF DE DEMAIN

De nuevo fueron tres las ponencias, siempre bajo presidencia de Paul Crais, de Oxford.

The evolution of the public/private divide. A functional approach (regulatory activities and public services) fue el título de la primera de ellas, a cargo precisamente de Javier Barnés, que, sin embargo, no pudo estar presente y lo hizo sólo *en effigie*, mediante su lectura por otra persona. Todo partió de definir el marco mediante la contraposición entre la «vida privada de la Administración» y la «vida pública de los actores privados».

De la segunda de las tres ponencias de esta tercera sesión se encargó un italiano, Giacinto Della Cananea, y llevó el ambicioso título de *L'articulation des dimensions globale, européenne et nationale du droit administratif de demain*, expuesta en inglés, que en efecto se presentaba con un alcance muy general. Desplegó un gran esfuerzo de sistemática, comenzando por explicar que, para Otto Mayer (su nombre se repitió una y mil veces, siempre con tono de veneración), los conceptos eran intemporales («el Derecho Administrativo permanece»), siendo así que la vida es fluyente, porque tenía razón Heráclito de Éfeso y no Parménides de Elea, y en las relaciones entre el derecho internacional y el interno ha habido, en la edad contemporánea, al menos tres fases: a) La de separación, ya se entiendan las cosas en un sentido horizontal como Dicey o vertical como Triepel; b) La de préstamo, a su vez también con variantes horizontal (como la de la Ley de 1865 del entonces unificado Estado italiano sobre la justicia administrativa) y vertical; y, en fin, c) De interacción, que es donde actualmente estamos, cuya acepción horizontal sería el mutuo reconocimiento de títulos (administrativos, incluyendo los académicos, o judiciales) y con una plasmación vertical en el desdoblamiento funcional, cada vez en más ocasiones, de las autoridades

nacionales, cuyo trabajo como órganos internacionales se ha convertido en muchas ocasiones en la regla, a veces incluso de una manera tan habitual que ha devenido imperceptible.

Sobre esa base, se pasó a un análisis de lo que en el derecho administrativo siguen siendo los conceptos de base: 1) La coacción, como derivada de la soberanía, pudiendo tenerse de esta una visión analítica (la suma de potestades) o sintética (el todo, por así decir); 2) Los derechos de cada quien en el seno de un procedimiento, acerca de lo cual todo depende —es el eterno debate de la *actio* romana y de la *Anspruch* de Windscheid— de la manera —instrumental o sustantiva— como contemplamos la institución-; y 3) Los *remedios* —*recursos*— contra las decisiones administrativas, en donde obviamente resulta determinante, si es que acaso se quiere alcanzar el estadio de lo efectivo, el sistema de designación de los llamados a resolver y su propia credibilidad social. En ese contexto no faltaron referencias a los escandalosos titulares de los tabloides británicos sobre los órganos judiciales que dictaron una resolución sobre el *brexit* que recordaba que, pese a todo, el Parlamento seguía existiendo (*Enemies of the people*) o, en relación con los propios jueces en Polonia, al Informe de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa de 2017 sobre la reforma progubernamental que es conocida. Nadie se acordó del partidocrático y esperpéntico Consejo General del Poder Judicial de España: todo un alivio para nuestro orgullo patrio.

La última de las ponencias de esta tercera parte la expuso Jacques Ziller, sobre el tema, típicamente académico, *Le futur de la recherche et de l'enseignement en droit administratif*.

Se comenzó recordando el modelo por así decir tradicional, tanto en lo que tiene que ver con el escenario (en muchas ocasiones, un anfiteatro) como, por supuesto, con los contenidos, empezando por la parte codificada, es decir, los textos legales de alcance general.

Y lo siguiente fue exponer los tres desafíos con los que nos encontramos: 1) La internacionalización, especialmente importante y problemática habida cuenta de que el derecho es sobre todo una ciencia del lenguaje; 2) La interdisciplinariedad; y 3) Lo relativo a la inteligencia artificial.

La contraponencia de esta tercera parte fue el cometido de Oliver Dubos, de Burdeos. Lo suyo fue también un torrente de ideas, precedida de una constatación saludable: que en Francia la palabra *crisis* se emplea a diario y para todo, de suerte que ha terminado por banalizarse.

Empezó recordando que el derecho administrativo (entendido como un conjunto de conceptos elaborados doctrinalmente —y con refrendo judicial— más que como una suma de normas) es fruto, como la vida misma, de la tensión entre continuidad y discontinuidad: otra vez la polémica presocrática (y

eterna) entre la escuela eleata y la de Éfeso⁶. Pero en el bien entendido además de que estamos ante un producto intelectual que carece de autonomía, porque no se entiende sino como ancillar de algo previo, la teoría del Estado, lo que nos remonta, una vez más, a Westfalia. Y puede decirse, a su juicio, que hasta aproximadamente 1950 esos esquemas obedecieron a la realidad.

Todo se estructuraba sobre dos pares conceptuales cuyos miembros estaban separados y muy separados: a) Lo público y lo privado, en el bien entendido de que el derecho administrativo nació como contrapunto del derecho civil y para delimitar la esfera de lo colectivo, como acredita el famosísimo asunto *Blanco* (del Tribunal de Conflictos, no del Consejo de Estado) de 1873, es decir, de inmediato tras proclamarse la Tercera República y con origen, como es sabido, en un accidente sufrido por una mujer de dicho apellido. Esa separación tuvo continuidad, con las debidas adaptaciones, en las tres épocas del Estado que él definió como gendarme, providencia y liberal, pero ahora ha dejado de responder a la realidad. b) Lo interno y lo externo, más o menos coincidente con la diferencia entre naturaleza y cultura, que hoy, en la época de la inteligencia artificial, salta por los aires.

5. TABLE RONDE

Fue el siguiente, y ya penúltimo, estadio. Con cinco (breves) presentaciones, una de ellas, por cierto, proveniente nada menos que de China.

Mención singularizada merece la de Paul Ligniérés, abogado de la oficina de París de un despacho multinacional con sede en Londres y por tanto dedicado a eso tan prosaico, pero tan complejo, de asesorar a quienes, desde fuera de Francia, llegan a invertir pero vienen con sus propios conceptos en la cabeza, lo que dificulta no poco la interlocución. Sobre todo, si nos encontramos en el hexágono, que, lejos de cualquier complejo por su casticismo, blasona de lo que llamaríamos su hecho diferencial, calificado como «excepción cultural», y del que el derecho administrativo, con su control por unos jueces especializados y no del todo independientes, forma parte estructural aún hoy.

Los ejercicios de periodificación histórica son siempre convencionales pero él se atrevió a establecer uno: a) hasta 2000, cuando el Consenso de Washington y el comercio sin trabas parecían imponerse, contexto en el que el derecho administrativo era visto como una suerte de «factor de resistencia», al

⁶ Eterna, en efecto. Como la propia metáfora fluvial.

Para quienes quieran tener todos los datos para la puesta al día —gente intelectualmente curiosa, por así decir—, resulta indispensable el libro de Felipe Fernández-Armesto, *Un pie en el río*, con el subtítulo *Sobre el cambio y los límites de la evolución*, versión española en Turner, Madrid, 2016.

modo de la aldea gala de Ásterix frente a la dominación romana; b) entre 2000 y 2010, cuando pareció imponerse la globalización y la tal aldea gala no tuvo más remedio que aceptar los hechos y rendirse; y c) a partir de 2010, cuando estalla la crisis y todo sale por la ventana, con la consecuencia de un endeudamiento público que es la causa de pérdida real de soberanía de los Estados y al mismo tiempo su consecuencia. Hemos querido vivir muy bien a costa de nuestros hijos. En eso consiste cabalmente la cosa: que disfrutemos ya, pero, sin embargo, los impuestos correspondientes los paguen ellos. Y el esquema lo hemos estirado tanto que ha terminado estallando, teniendo como víctimas (o al menos son las que más ruido hacen) a sectores sociales tales como, aparte de los jóvenes, los habitantes de la *banlieu* o la gente mayor.

Si somos los pensadores los llamados a trabajar, lo primero consiste en preguntarse si la tarea consiste en enterrar cadáveres —lo mejor que puede hacer un cristiano— o si, además, tendríamos que empezar una labor de reconstrucción, pensando incluso en un largo plazo cuyos rasgos no resultan avizorables (y es que profetizar es cada vez más difícil: los alemanes han elaborado la *Begriffsgeschichte*, historia de los conceptos, como especialidad, pero no se han atrevido a hacerlo con el *Begriffszukunft*, futuro de los mismos). Pero para el que ya pueden apuntarse algunas líneas: de nuevo se habló de la necesidad de pensar en fórmulas para la mejora de la gobernanza pública y, en relación con ello, de la trazabilidad de las decisiones, y su control no solo judicial sino también por los medios de comunicación, incluyendo hoy las redes sociales, de manera mucho más difusa y poco especializada. Y, por supuesto, con mención explícita a la lucha contra la corrupción (habas, lo que se dice habas, se cuecen en todas partes, cierto que alcanzando el punto a diferentes grados de temperatura), cuya última medida normativa en Francia ha sido la Ley SAPIN II, de 2017, que, como es sabido, intenta, con toda lógica, poner el foco en las empresas. Está bien que reprendamos al donatario, pero siempre que no olvidemos que ese negocio jurídico, y no solo jurídico, no existiría sin el donante, cuyo discurso exculpatorio habitual («he sido víctima de una extorsión») no merecería verse atendido.

6. CONCLUSIONES

Después de una jornada con tanto aprovechamiento, tomó la palabra el propio Auby, el autor en el remoto 2001 del famoso trabajo sobre los avatares geográficos del tríptico pictórico de la batalla de San Romano y ahora, diecisiete años más tarde, anfitrión del grupo y maestro de ceremonias.

Como es propio de ese tipo de trámites, Auby hizo un esfuerzo por no repetir lo que se había estado relatando. Si acaso, y recordando que en 2013

fue autor de un libro llamado *Droit de la ville*⁷, quiso singularizar dentro del nuevo derecho administrativo la importancia de las ciudades, al hilo, aunque no solo, de las avalanchas turísticas que muchas de ellas —París, desde luego, en un lugar de honor—, para bien y para mal, están viviendo, en los términos que se han explicado más arriba. Un punto especialmente propicio para las reflexiones interdisciplinarias —no hace falta indicar, a estas alturas, que a la tópica película de la pureza del método jurídico hay que ponerle fin de una vez por todas— y en el que, una vez más, tenemos que contar con lo que están aportando los pensadores del urbanismo.

IV. RECAPITULACIÓN

Hay que ver lo que cunde un día bien aprovechado cuando se escucha a gente que tiene cosas que contar. Los oyentes estábamos atentos y no quisimos perdernos ni un minuto, pese a que el sitio (casi la esquina del Boulevard Saint-Germain con la rue du Bac, en pleno distrito 7, en la *rive gauche*: el centro del mundo) no podía ser más tentador para los *flâneurs*.

Los que no asistieron (un error de bulto) pueden recuperar el tiempo perdido si se leen el libro que está anunciado. Con bolígrafo y subrayando. A ver si entre todos vamos cayendo en la cuenta de que lo heredado, aun siendo intelectualmente tan majestuoso, está en ruinas («Miré los muros de la patria mía, si un tiempo firmes ya desmoronados») y hay que hacer algo nuevo.

⁷ Con el subtítulo *Du fonctionnement juridique des villes au droit à la ville*, Lexis Nexis, 2013, ya en su segunda edición.

