

LOS RETOS A LOS QUE SE ENFRENTAN LOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS*

Jean-Bernard Auby**

Resumen

Desde los pasados años ochenta, nuestros derechos administrativos han experimentado profundos cambios que pueden identificarse en tres direcciones: globalización, desestatización y descentralización. Recientemente, se han añadido otras fuerzas de transformación: un ciclo de crisis sucesivas, la digitalización y la presencia cada vez más importante de la dimensión espacial. Todas ellas tienen consecuencias para las construcciones fundamentales de nuestros derechos administrativos: sus teorías de las normas, las competencias y los órganos. Ello les obliga a reflexionar sobre los sistemas de valores subyacentes, los procesos de toma de decisiones y el reparto de funciones entre agentes públicos y privados. También sugiere la necesidad de reformas concretas, relativas al estatuto de las ciudades, el régimen de los espacios públicos, el régimen de lo público digital y la adaptación de nuestros derechos administrativos a las exigencias del cambio climático.

Palabras clave: derecho administrativo; transformaciones recientes; digitalización; espacio público; cambio climático; norma; competencia y órgano administrativo; reforma administrativa.

THE CHALLENGES FACING ADMINISTRATIVE LAWS

Abstract

Since the 1980s, our administrative laws have undergone profound changes in three identifiable directions: globalisation, denationalisation and decentralisation. Recently, other forces of transformation have been added: a cycle of successive crises, digitisation and the growing importance of the spatial dimension. All these have consequences for the fundamental constructions of our administrative laws: the theories of regulation, powers and bodies. This requires reflection on the underlying value systems, decision-making processes and distribution of functions among public and private agents. It also suggests a need for specific reforms, on the status of cities, the legal system of public spaces, the legal system of the digital public sphere and adapting our administrative laws to the demands of climate change.

Keywords: administrative law; recent transformations; digitisation; public space; climate change; administrative regulation, powers and bodies; administrative reform.

* Muchísimas gracias al profesor Marcos Almeida Cerredá (Universidad de Santiago de Compostela) por sus valiosos comentarios sobre la versión inicial de este texto. Sigo siendo responsable de los errores que quedan.

** Jean-Bernard Auby, profesor emérito de derecho público de Sciences Po Paris. jeanbernard.auby@sciencespo.fr.

Citación recomendada: Auby, Jean-Bernard. (2023). Los retos a los que se enfrentan los derechos administrativos. *Revista Catalana de Dret Públic*, 67, 4-17. <https://doi.org/10.58992/rcdp.i67.2023.4161>

Sumario

1 Introducción

2 Las principales fuerzas de transformación a las que se han enfrentado nuestros derechos administrativos en el pasado reciente

2.1 El movimiento surgido en la década de 1980

2.2 Los fenómenos evolutivos que se han puesto de manifiesto más recientemente

3 Las principales cuestiones que plantean estas evoluciones

3.1 La teoría de las normas

3.2 La teoría de las competencias

3.3 La teoría de los órganos

4 Las prioridades que aparentemente deberían adoptarse en la búsqueda de la adaptación de nuestros derechos administrativos

4.1 Las prioridades teóricas

4.2. Los ámbitos de reforma más evidentes

5 Conclusiones

Bibliografía

1 Introducción

El propósito de este artículo es ofrecer un somero análisis de los principales retos a los que, a mi juicio, se enfrentan los principales derechos administrativos europeos: cuál es su origen, cómo deberían analizarse, qué cuestionan de las construcciones dogmáticas existentes y de qué modo se están abordando o podrían abordarse en el futuro.

Dicha tarea, obviamente, entraña una enorme dificultad ya que, incluso si la limitamos al espacio europeo, puede observarse que nuestros derechos administrativos son bastante dispares.

Sin embargo, en mi opinión, todos ellos se enfrentan, más o menos, a las mismas dificultades (si bien no del mismo modo, ni en los mismos momentos) y reaccionan ante ellas de maneras hasta cierto punto diferentes. Por supuesto, no todo el mundo está de acuerdo con esta postura (Velasco, 2020; Quezada, 2020).

Si aceptamos esta visión, podremos avanzar hacia un ejercicio de derecho comparado diacrónico,¹ que implica una delicada tarea de confrontación y de previsión. A veces, es difícil determinar si dos desarrollos aparentemente similares en derechos administrativos diferentes hacen referencia a las mismas realidades, por ello resulta complicado predecir como continuarán en el futuro las evoluciones actuales.

Dicho esto, he de confesar que me mueve una convicción general en este caso: a partir de los años ochenta del siglo xx –con una laguna cronológica, por supuesto, para los Estados socialistas– nuestros derechos administrativos entraron en un período de profundas transformaciones que continúa a día de hoy, aunque con cambios de orientación y con la aparición de nuevos retos.

En pocas palabras, desde los años ochenta, los derechos administrativos europeos han incorporado un nuevo tipo de relación entre la Administración pública y la sociedad, los ciudadanos y la economía, aunque en un movimiento sinusoidal. El período actual está haciendo que este movimiento resulte todavía más complejo, ya que enfrenta a los Estados con varias crisis. Asimismo, está confrontando a la acción pública y al derecho con retos adicionales, especialmente, los derivados de la tecnología digital y del cambio climático.

Por ello, me gustaría exponer en el presente trabajo algunas ideas sobre las consecuencias que dichos movimientos pueden tener en nuestros derechos administrativos y, más concretamente, analizar los retos a los que estos se enfrentan, pues resulta difícil de creer que se trate de evoluciones pura y simplemente naturales y pacíficas.

Se afrontará dicho análisis en tres etapas: en primer lugar, se acometerá el estudio de las principales fuerzas de transformación a las que se han enfrentado nuestros derechos administrativos en el pasado reciente; a continuación, se hará referencia a las principales cuestiones que plantean estas evoluciones y, por último, se mencionarán las prioridades que deberían guiar la búsqueda de la adaptación de nuestros derechos administrativos a este nuevo escenario.

2 Las principales fuerzas de transformación a las que se han enfrentado nuestros derechos administrativos en el pasado reciente

Es evidente que el presente artículo no es el lugar apropiado para desarrollar la historia del derecho administrativo. Propongo, pues, a efectos de este trabajo, partir de la siguiente premisa: nuestro derecho administrativo, construido en su forma moderna durante el siglo xix, alcanzó un umbral de madurez en torno a la Segunda Guerra Mundial, incorporando los avances del estado del bienestar.

Es de este umbral del que se partirá para mostrar que en los años ochenta del siglo pasado se produjeron una serie de fuertes cambios para, a continuación, considerar los fenómenos evolutivos que se han puesto de manifiesto en épocas más recientes.

¹ Planteamientos similares pueden observarse, por ejemplo, en: Míguez Macho y Almeida Cerrada, (2017); Darnaculleta i Gardella (2021); Auby, Chevalier y Slautsky (2019).

2.1 El movimiento surgido en la década de 1980

Hace unos años, creí posible demostrar (Auby, 2001) que los años ochenta habían empujado a nuestros derechos administrativos en direcciones que podían resumirse en tres fórmulas: globalización, desestatización y descentralización. Dichas tendencias continúan presentes en la actualidad, pero es evidente que los últimos años han traído consigo algunos cambios, cuyo alcance es preciso evaluar.

1.º Tres grandes ejes de transformación: globalización, desestatización y descentralización.

En los años ochenta del siglo xx empezaron a manifestarse plenamente los fenómenos de la globalización. Su impacto más evidente se produjo en el ámbito económico, pero también tuvo incidencia en la sociedad y en la cultura: la aparición de medios de comunicación universales, el desarrollo de hábitos de consumo comunes, etc.

Este fenómeno contribuyó a transformar todas las relaciones internacionales. Así, se produjo una evidente apertura del comercio internacional a escala mundial. Pero también tuvo incidencia en las integraciones regionales, incluida la Unión Europea, constituida, a un tiempo, como un relevo de la globalización y como un medio para que los Estados y las poblaciones afectados influyesen en ella.

Los efectos de la globalización sobre el derecho tuvieron una rápida manifestación en el período que nos ocupa (Auby, 2012). Así, se produjo un importante desarrollo de las normas internacionales y europeas, una creciente adhesión a normas comunes, en particular en materia de derechos fundamentales, y una evidente proliferación de los mecanismos jurídicos transnacionales.

La expresión *desestatización* pretende resumir dos fenómenos característicos de los años ochenta en nuestros sistemas de acción pública y en nuestros derechos administrativos.

Por una parte, se produjo una reducción del papel del Estado en relación con el mercado, a través de la privatización, la externalización –el *contracting out* del que la Private Finance Initiative británica es el principal exponente– y la desregulación.

Por otra parte, también se redujo el papel del Estado en relación con los ciudadanos, a través del desarrollo de diversas formas de democracia administrativa y del florecimiento de los derechos fundamentales, que ocasionó un fuerte impacto en las relaciones con la administración.

La década de 1980 fue también un período de descentralización del poder, en ambas direcciones.

En este período se produjo el auge del pluralismo territorial. En este sentido, destacan las reformas descentralizadoras operadas en Francia, que mantuvieron el Estado unitario, y la introducción del federalismo en Bélgica, así como la consolidación de sistemas intermedios como el regionalismo italiano y el sistema autonómico español (Vodyanitskaya, 2023).

Pero fue también en los años ochenta cuando vimos florecer en nuestros sistemas el mecanismo de las autoridades administrativas independientes, basado en el reconocimiento de una fuerte autonomía, dentro del ejecutivo, a organismos encargados de proteger ciertas libertades y de aplicar determinadas normativas económicas (Fernández Farreres, 2016, p. 192).

2.º Las inflexiones parciales y reducidas que han sufrido estos movimientos.

Los tres movimientos mencionados, característicos de la década de 1980 han experimentado algunos cambios, aunque no verdaderos retrocesos.

Puede decirse que, en cierta medida, la globalización se ha estancado. Debido a varios factores concurrentes, el comercio internacional ha detenido su crecimiento exponencial. Además, el universalismo jurídico que acompañaba su crecimiento ha decaído: la Organización Mundial del Comercio, en particular, ha visto disminuida su influencia. Por su parte, la Unión Europea ha tenido que hacer frente a la crisis del Brexit y sigue luchando por recordar a ciertos sistemas “no liberales” que se desvían de algunos de sus principios esenciales.

No obstante, se trata de fenómenos regresivos limitados. A pesar de las crisis, los lazos económicos internacionales siguen siendo fuertes, incluso con Rusia, por ejemplo. Y la integración europea está en fase de reactivación, entre otras cosas, debido a la guerra contra Ucrania.

No cabe duda de que se ha producido un cierto grado de “reestatización”. Las crisis, a las que más adelante se hará referencia, han provocado un recrudecimiento de la intervención estatal, en particular, en el entorno económico. Asimismo, el ámbito de los derechos fundamentales, se enfrenta ahora al auge de los regímenes “antiliberales”. Pero incluso en los Estados que siguen respetándolos y amparándolos, han surgido movimientos que los acusan de conspirar con el hiperindividualismo contemporáneo y denuncian el poder excesivo de los jueces.²

Sin embargo, no debe exagerarse la importancia de estos aparentes retrocesos. La vuelta al intervencionismo estatal es sólo relativa; se trata, en la mayoría de los casos, de una situación circunstancial, y toma caminos que no son necesariamente los del pasado. En cuanto a los desafíos al auge de los derechos fundamentales, estos siguen siendo marginales y, por el momento, no cuestionan el lugar central que ocupan en nuestros ordenamientos jurídicos.

La descentralización del poder también ha experimentado algunos cambios, si bien de carácter limitado.

Desde los años ochenta, los sistemas territoriales de nuestros Estados se han vuelto más complejos y han dado lugar, en ocasiones, a importantes tensiones. Así, entre Cataluña y el Estado en España, entre Flandes y Valonia en Bélgica, entre el norte y el sur en Italia... Además, las crisis económicas y sanitarias han contribuido a que se produzcan enfrentamientos entre los gobiernos locales y los nacionales. Pero en modo alguno puede hablarse de grandes retrocesos en la materia.

Lo mismo ocurre con la fragmentación del aparato estatal. La autonomía política de las autoridades administrativas independientes se ha considerado, a veces, excesiva, pero no ha provocado ninguna involución.

2.2 Los fenómenos evolutivos que se han puesto de manifiesto más recientemente

Entre los fenómenos que, con mayor o menor intensidad, han hecho sentir recientemente sus efectos en nuestros sistemas de acción pública y en nuestros derechos administrativos, deben destacarse, en mi opinión, al menos los siguientes: la omnipresencia de las crisis, la digitalización y un movimiento de “espacialización”.

1.º Desde los años 2000, tenemos la impresión de que nuestras sociedades y nuestros Estados han entrado en un ciclo de crisis sucesivas, que, en mayor o menor medida, han afectado a las modalidades de acción pública y a los derechos administrativos.

En primer lugar, debe destacarse la crisis económica de 2008, que tuvo, al menos, dos efectos. Por un lado, desencadenó un fuerte recrudecimiento de la intervención económica, en particular para rescatar al sector bancario. Y, por otro, provocó tensiones duraderas en las finanzas públicas, que se reflejaron en las políticas de infraestructuras estatales y en las relaciones financieras entre los Estados y las entidades regionales y locales.

La segunda crisis, que ha tenido las consecuencias administrativas y jurídicas de mayor alcance hasta la fecha, ha sido la crisis sanitaria relacionada con el covid. Esta situación de emergencia provocó que se recurriese con frecuencia al empleo de instrumentos regios, incluso autoritarios: diversos mecanismos constitucionales de gestión de crisis, gran número de textos legislativos y reglamentarios, utilización masiva de herramientas de policía administrativa, incluyendo la organización del confinamiento de las poblaciones.

Asimismo, requirió la intervención, a menudo con carácter de urgencia, de los jueces administrativos que, en la mayoría de las ocasiones, tuvieron que plegarse a los riesgos de la época. Y también ha dado lugar a tensiones entre los Estados y las autoridades subestatales, que generalmente se han visto obligadas a obedecer las órdenes del Estado.

² Este tipo de críticas han sido formuladas en Francia por algunos universitarios y jueces, por ejemplo: Mathieu (2017); Schoettl (2022), y véase también la respuesta de Lignières (2022).

La tercera crisis es la ecológica, si bien sería más preciso referirse a ella como la creciente crisis climática (y de la biodiversidad). Está invadiendo poco a poco nuestros derechos públicos: con toda la fuerza de lo mucho que está en juego, va repercutiendo poco a poco en todos sus mecanismos, que deben incorporar la obligación de reducir los efectos nocivos y adaptarse al cambio climático. En este sentido, se han movilizad los jueces administrativos, que en algunos países han condenado, en ocasiones duramente, a los Estados por su inercia ante el problema (Auby y Fonbaustier, 2023).

2.º La segunda fuerza de transformación reciente, que poco a poco está provocando poderosos cambios en nuestros derechos administrativos, es la digitalización (Martín Delgado, 2020; Belandaria et al., 2019).

La digitalización de la acción pública constituye un poderoso avance, que se refleja en una serie de fenómenos con crecientes repercusiones administrativas y jurídicas: la digitalización de las relaciones cotidianas con los ciudadanos, la proliferación y omnipresencia de los datos públicos, la transformación de los procesos de toma de decisiones debido, en particular, al uso creciente de algoritmos, por no hablar de lo que puede calificarse de “megaefectos” como los que se observan en las ciudades inteligentes.

Estos acontecimientos ya están planteando una serie de cuestiones jurídicas, sobre las que se profundizará más adelante.

3.º La tercera evolución actual, que tendrá importantes efectos a largo plazo en nuestro derecho administrativo, es la presencia cada vez mayor de la dimensión espacial (Auby, 2022), que puede observarse en dos direcciones en particular.

En primer lugar, en el auge contemporáneo de las realidades urbanas. Las ciudades, que en nuestros países habían perdido el lugar que tuvieron antaño –sobre todo en la Edad Media–, tienden a convertirse de nuevo en niveles esenciales de la acción pública. Son el centro de muchas innovaciones, incluidas las jurídicas (Sassen, 1999; Auby, 2016).

En segundo lugar, en la creciente importancia de los espacios públicos (Auby, 2021). Así, frente a los fenómenos de saturación, competencia creciente entre usos y preocupaciones medioambientales, se están convirtiendo, cada vez más, en preocupaciones esenciales de nuestros derechos administrativos.

3 Las principales cuestiones que plantean estas evoluciones

Tras lo anteriormente expuesto, se puede llegar a la convicción de que los acontecimientos a los que se ha hecho referencia en el apartado previo han situado a nuestros derechos administrativos en una zona turbulenta, cuyo control se ha logrado, en mayor o menor medida.

Naturalmente, esto varía de un país a otro. Además, los cambios no se han producido al mismo tiempo en todos los Estados, pero existe una especie de “posmodernidad” hacia la que se dirigen colectivamente y que les aleja, en mayor o menor grado, de un cierto modelo “clásico” estabilizado en torno a la Segunda Guerra Mundial.

Para profundizar en este tema, se propone utilizar el mismo enfoque empleado anteriormente (Auby, 2001) y, en base a ello, formular algunas propuestas sobre los efectos que los cambios contemporáneos están teniendo en los tres “órdenes teóricos” fundamentales del derecho administrativo: la teoría de las normas, la teoría de las competencias y la teoría de los órganos.

3.1 La teoría de las normas

Una de las características más interesantes de la época contemporánea es que introduce perturbaciones en el marco jurídico de la actuación administrativa, tanto en el sistema de normas, como en el contenido de las mismas.

1.º Hace veinte años, se podía observar que el sistema de normas en que se basaba el derecho administrativo había experimentado tres tipos de cambios desde los años ochenta del siglo xx.

La jerarquía normativa había sufrido un profundo cambio, debido fundamentalmente a la constitucionalización del derecho administrativo y al desarrollo exponencial de las normas supranacionales, en particular del derecho europeo. La importancia concreta de los distintos niveles de la pirámide también se vio modificada, perdiendo la ley parte de su poder. Asimismo, los jueces administrativos, responsables en gran medida de la creación de los principios del derecho administrativo, vieron disminuir su poder.

En un período más reciente, si bien no se han contradicho estas tendencias, sí se han producido cambios en las mismas. Así, se ha desarrollado una tensión jerárquica entre el derecho europeo y el derecho nacional, y algunos jueces nacionales, a través de sentencias similares a la decisión Solange del Tribunal Constitucional Federal alemán, se han esforzado por “proteger” una parte fundamental del derecho nacional, incluso, en caso de ser necesario, contra el derecho europeo (Martín y Pérez de Nanclares, 2011).

A pesar del alto grado de constitucionalización y europeización de nuestro derecho administrativo, la ley parlamentaria no ha perdido toda su importancia, en particular debido a la proliferación de leyes de procedimiento administrativo. Así, en la Unión Europea actual, sólo Irlanda y Bélgica carecen de tales “códigos de procedimiento” (Auby, 2014).

En cuanto a los jueces administrativos, aunque han perdido en gran medida su poder creativo, siguen teniendo la facultad de recordar firmemente la ley a las autoridades ejecutivas; facultad que se ha visto confirmada en los litigios climáticos.

Además, sobre la cuestión del aparato normativo del derecho administrativo, ha de señalarse que el período reciente y, sobre todo, la pandemia por covid han puesto de relieve la recobrada importancia del instrumento normativo reglamentario en tiempos de crisis.

2.º En cuanto al contenido de las normas del derecho administrativo, el «punto de inflexión» de la década de 1980 trajo dos novedades esenciales.

La primera de ellas consistió en la penetración de los principios y valores del derecho privado, en particular los relativos a la competencia, en el derecho administrativo. La segunda consistió en un doble movimiento de subjetivización (García de Enterría, 2007; García de Enterría y Fernández, 2014, p. 34): tanto por parte de las autoridades públicas, cuya situación personal adquirió mayor relevancia, en particular en los conflictos de intereses, como por parte de los ciudadanos, que progresivamente se consideraron titulares de más derechos subjetivos en sus relaciones con la administración.

La “huida ante el derecho público”, como afirman ciertas doctrinas, no ha sido negada, pero debemos defender que, muchas veces, cuando las administraciones recurren a mecanismos de derecho privado, a menudo los someten a grandes distorsiones.

Continuó también el doble movimiento de subjetivización. En todos nuestros sistemas, por ejemplo, la lucha contra la corrupción y los conflictos de intereses se ha vuelto esencial (Auby et al., 2014). En cuanto a la subjetivización de las relaciones con los administrados, tiende a progresar constantemente también a través de la evolución de los procedimientos administrativos y de los mecanismos de democracia administrativa.

A estos acontecimientos, el período reciente ha añadido, y sigue añadiendo, sus propias inflexiones en el sistema de valores de los derechos administrativos europeos.

Por un lado, tanto la crisis sanitaria como la climática han puesto de relieve que algunos de estos valores pueden entrar en conflicto. En este sentido, el interés de la salud pública y el de la lucha contra el cambio climático pueden colisionar abiertamente con determinadas libertades (circulación, reunión, manifestación, etc.).

Por otro lado, nuestros derechos administrativos buscan valores en los que basarse en determinados ámbitos que están adquiriendo una importancia creciente. Así, en relación con la tecnología digital pública se plantean qué principios deberían aplicarse al uso de la inteligencia artificial en la esfera pública. Y en cuanto a los espacios públicos se cuestionan con base en qué principios se puede gestionar la sobresaturación y la competencia en los usos, y qué principios deben regir el derecho a la ciudad (Aguado et al., 2018).

3.2 La teoría de las competencias

Entre las cuestiones que el cambio operado en los años ochenta del siglo xx planteó en nuestro derecho administrativo, varias se referían a la teoría de las competencias: el estatuto de la intervención pública, la teoría de los actos y procedimientos y la función jurisdiccional.

Resulta interesante, por tanto, analizar la resonancia que dichas cuestiones mantienen a día de hoy.

1.º El “punto de inflexión” de los años ochenta tuvo dos efectos principales en nuestro derecho administrativo en lo que respecta al estatuto de la intervención pública.

Así, fueron puestos en tela de juicio algunos de los conceptos utilizados para analizar su justificación y sus límites: la tradición del servicio público chocó con el derecho de la competencia, en particular con la regulación europea del mismo. Y la noción de libertad de comercio e industria perdió parte de su impacto en un contexto en el que se valoraba mucho la empresa privada.

Recientemente, estos debates se han vuelto menos agudos. La tradición del servicio público ha encontrado acomodo en el derecho de la competencia, sobre todo desde que el derecho europeo se ha abierto a los conceptos de servicio económico de interés general y de servicio de interés general.

De hecho, es el retorno de la intervención pública a raíz de las diversas crisis lo que mayores interrogantes plantea en la actualidad. No sólo podemos preguntarnos hasta qué punto el resurgimiento de la intervención pública es sostenible, sino que también podemos cuestionar la forma en que se está produciendo. Ha vuelto un cierto Estado intervencionista, pero ¿es el mismo que hace cincuenta años? (Chevallier, 2023; Auby, 2023).

2.º En la teoría de los actos y procedimientos, la evolución en torno a los años ochenta afectó a dos ámbitos en particular.

En esta época se dio un impulso decisivo a la preocupación por la democracia administrativa y un importante desarrollo de los distintos procedimientos de participación ciudadana. También fueron estos años el punto de partida de una enorme transformación del derecho de los contratos públicos, impulsada por el derecho europeo.

Asimismo, la creciente densidad del espacio administrativo europeo ha hecho cada vez más patente la importancia y la dificultad de gestionar situaciones administrativas transnacionales (Bocanegra Sierra y García Luengo, 2008, p. 9; Auby, 2020, p. 59).

Esta evolución continúa en la actualidad, pero son otros los factores que están alterando la visión de los procesos de toma de decisiones en el sector público. Las crisis (en particular, de carácter sanitario) plantean poderosos interrogantes sobre la relación entre la toma de decisiones públicas y la ciencia y los conocimientos especializados. También los avances de la administración digital están introduciendo verdaderos trastornos en los mecanismos de la toma de decisiones públicas, con el empleo de algoritmos y la aparición de ciertas decisiones “automáticas” (Finck, 2021, p. 657).

3.º A principios de la década de 2000, había motivos para preocuparse por la función jurisdiccional y, más concretamente, por la posición del juez administrativo.

En algunos sistemas, se estaban haciendo grandes esfuerzos para desarrollar métodos alternativos de resolución de conflictos. En otros, existía una inclinación natural de los ciudadanos a recurrir más a menudo a los tribunales penales para castigar el mal comportamiento de las autoridades. En ocasiones, los jueces administrativos estaban saturados y el tiempo que se tardaba en llevar los casos a juicio resultaba inaceptable.

Con el tiempo, estas evoluciones negativas han sido más o menos controladas. En Francia, por ejemplo, la saturación de los tribunales administrativos se ha mantenido bajo control aumentando su número e incorporando un nivel de apelación entre los tribunales administrativos y el Consejo de Estado.

Además, tanto la crisis sanitaria como el problema climático han provocado una vuelta a los tribunales administrativos como medio de recurso contra las malas decisiones o la inercia de las autoridades nacionales.

3.3 La teoría de los órganos

La evolución contemporánea de nuestros derechos administrativos plantea interrogantes sobre el estatus de los órganos administrativos y la distribución de funciones, tanto entre los propios organismos públicos, como entre personas públicas y privadas. Estos interrogantes persisten, e incluso se han acentuado, en los últimos tiempos.

1.º Una de las características de la era contemporánea, que la década de 1980 acentuó enormemente, fue la multiplicación de formas institucionales intermedias entre las administraciones tradicionales y el sector privado.

Nuestros derechos administrativos han experimentado el florecimiento de instituciones de economía mixta, asociaciones o fundaciones públicas, etc., lo que no necesariamente ha generado incertidumbre sobre qué es un organismo público. La noción de organismo público debe ser abordada por el derecho administrativo, porque de ello dependen la definición del acto administrativo, el ámbito de competencia de los jueces administrativos, etc.

Esta circunstancia ha generado, en torno a los organismos públicos en sentido estricto, una serie de círculos de instituciones cuyo derecho se sitúa más o menos a caballo entre el derecho público y el derecho privado, por lo que hacer un inventario de estas instituciones intermedias suele ser un ejercicio bastante complejo.

Asimismo, a través del término *organismos públicos* puede hacerse referencia no solo a las instituciones, sino también a los individuos que las sirven. En estos casos, ha de tenerse en cuenta que la evolución de su estatus ha estado marcada en nuestros derechos administrativos, especialmente, por el aumento de las exigencias de ética pública, que se han mantenido en los últimos tiempos. Seguimos, desde este punto de vista, en la sociedad de la desconfianza (Darnaculleta, 2021).

Naturalmente, la preocupación por la selección de buenos organismos públicos –ya sean electos o empleados públicos– está presente en todos los períodos aquí considerados. No obstante, la cuestión de la competencia (técnica) se ha planteado con mayor intensidad a raíz de la crisis sanitaria y, sobre todo, ante el desafío climático.

2.º Una de las grandes cuestiones de nuestro tiempo es el reparto de papeles entre los agentes públicos y entre estos y los privados.

Dicha tarea, que ya resultaba complicada en los años 80 del siglo xx, no se ha visto simplificada en épocas más recientes.

En el funcionamiento de los sistemas territoriales se ha encontrado mayor dificultad para descifrar la competencia correspondiente a cada nivel. La razón es que todos ellos parecen optar por un grado creciente de *multi-level government*, es decir, la acción conjunta y verticalmente integrada de distintos niveles de gobierno, desde el local hasta el estatal. Los intentos de clarificar las competencias entre estos distintos niveles fracasan regularmente –Francia es un muy buen ejemplo en este sentido– ante una realidad que se ha convertido en estructural.

El reparto de papeles entre agentes públicos y privados se ha convertido en una cuestión todavía más compleja que la anterior. La década de 1980 trajo sus propias incertidumbres, nacidas del cuestionamiento de las modalidades de intervención pública. Así, surgieron dudas sobre el destino de la idea de poderes públicos. La evolución posterior no hizo sino complicar las cosas en dos sentidos.

Por una parte, las crisis recientes han provocado, efectivamente, un retorno a la intervención pública, si bien no coincidente con el papel económico histórico del Estado, que se encargaba él mismo de ciertas actividades económicas. Ahora interviene, más bien, como tercero garante.

Y, por otra parte, se está desarrollando un fenómeno contemporáneo muy llamativo: las empresas privadas se están haciendo cargo de los intereses públicos, ya sea de forma más bien defensiva con el cumplimiento de las normas, ya sea de forma más voluntaria con lo que la legislación francesa denomina *empresas de misión* (Lignières, 2023, p. 57).

4 Las prioridades que aparentemente deberían adoptarse en la búsqueda de la adaptación de nuestros derechos administrativos

Como consecuencia de estas diversas evoluciones, nuestros derechos administrativos corren cierto riesgo de desarticularse. En cualquier caso, es importante velar por que sus estructuras esenciales no estén demasiado desequilibradas.

En la década de 2000, se argumentó que había que dar tres pasos esenciales para mantener el equilibrio: percibir nuestro derecho administrativo como parte de un todo más amplio, incorporar el análisis económico del derecho y establecer una base sólida en los derechos fundamentales.

El primer paso se ha cumplido en gran medida: la ciencia del derecho administrativo europeo ha florecido, al igual que la del derecho administrativo global, y éstas se complementan ahora con la investigación sobre el derecho administrativo transnacional. El apoyo a los derechos fundamentales está ahora firmemente asentado. Es sólo el análisis económico el que, en nuestras doctrinas europeas, todavía tiene que ganar muchos adeptos, a pesar de las aportaciones de realismo que puede ofrecer (Dellis, 2021).

A la luz de la evolución reciente, cabe plantearse cuáles son las principales orientaciones que deberían seguir nuestras doctrinas. En respuesta a dicha cuestión, me gustaría presentar algunas propuestas propias, centrándome en las prioridades teóricas y en los ámbitos de reforma más evidentes.

4.1 Las prioridades teóricas

En mi opinión, tres cuestiones teóricas deberían ser ahora objeto de una atención renovada por parte de nuestras doctrinas de derecho administrativo: la de los valores y principios básicos, la de los procesos de toma de decisiones y la de la división de funciones entre los sectores público y privado.

1.º Los sistemas de valores en los que se basan nuestros derechos administrativos presentan debilidades ligadas a una cierta forma de saturación. Los imperativos del interés público, por un lado, y los derechos fundamentales, por el otro, se han ampliado tanto que las contradicciones aparecen cada vez con mayor facilidad. Las crisis recientes, como se ha indicado, han puesto de relieve numerosas hipótesis de conflictos de valores.

Algunos autores consideran que son los derechos fundamentales y el poder de los jueces, como sus guardianes, los que han prosperado en exceso. Hasta el punto de dificultar la reivindicación de intereses colectivos. Pero al mismo tiempo, el período reciente, debido en particular a las crisis, ha proporcionado a las autoridades públicas sólidos argumentos de interés público para justificar su intervencionismo. Y parte de la doctrina ha señalado que estas justificaciones tienden a persistir después de las crisis (Hennette-Vauchez, 2022).

Lo que está claro es que, a menudo, nuestros derechos administrativos –y los jueces administrativos– se sienten incómodos al priorizar los principios de los que son guardianes. No les resulta fácil, por ejemplo, hacer que las preocupaciones climáticas prevalezcan sobre todos los demás intereses públicos, lo que, sin embargo, sería necesario.

2.º En mi opinión, también resulta oportuno llevar a cabo una reflexión renovada sobre los procesos de toma de decisiones de la administración y la forma en que son tratados por la ley. Esto por, al menos, dos razones.

La primera es que todo contribuye a una creciente complejidad de los procesos de toma de decisiones. Están cada vez más informados por la ciencia: en el ámbito de la salud y, en particular, en el medioambiental. La tecnología digital les permite comprender cada vez más de cerca las situaciones a las que se aplican, tanto en la dimensión del tiempo, como en la de los lugares y las personas.

La segunda es que, en nuestras sociedades cada vez más reflexivas –empleando el concepto propuesto por Anthony Giddens–, los ciudadanos son cada vez más actores de la administración y cada vez menos objetivos justos de la acción pública. A ello contribuye, en gran medida, la tecnología digital. Así, por ejemplo, nuestros contadores de electricidad inteligentes contribuyen a la regulación del sistema eléctrico, al mismo tiempo que sirven a nuestros intereses personales.

Todo ello podría requerir repensar la lógica misma de la decisión administrativa.

3.º Esta última observación se vincula con el tercer tema teórico, que es el de la distribución de roles entre actores públicos y privados.

Todo parece indicar que la clásica asimetría entre actores públicos que defienden el interés público y actores privados que defienden intereses privados ha llegado a su fin. Las cosas se han complicado enormemente, en particular debido a la proliferación constante de instituciones intermedias que son lugares naturales de encuentro del interés público y del interés privado, así como a la creciente asunción de responsabilidad por los intereses públicos por parte de entidades puramente privadas.

Podríamos añadir que cada avance en la democracia administrativa aumenta la implicación de los ciudadanos en la acción pública y, por tanto, en la gestión de los intereses públicos.

Otro aspecto del problema que también ha de abordarse es qué funciones concretas asumen específicamente las personas públicas, hasta el punto de justificar incluso su existencia. En este sentido, ya no podemos contentarnos con la idea de orden público, porque claramente el papel del Estado no se reduce a él, ni al de servicio público en un contexto en el que numerosas misiones de interés general son, en realidad, asumidas por actores privados.

Hay que repensar, por tanto, de manera muy pragmática lo que hace el Estado y lo que otros no podrían hacer de la misma manera. Son interesantes, en este ámbito, las investigaciones recientes que se basan en la idea de que una de las funciones esenciales de la administración es la distribución de determinados bienes escasos (Arroyo y Utrilla, 2015). Otro aspecto que es necesario desarrollar consiste en analizar el papel que juegan los entes públicos como garantes de la realidad de las cosas, en un momento donde la verdad se debilita ante noticias falsas y conspiraciones diversas.

4.2. Los ámbitos de reforma más evidentes

Hay una serie de cuestiones concretas a las que se enfrentan actualmente nuestros derechos administrativos y que podemos suponer que les resultará difícil dominar sin aportaciones legislativas –o incluso constitucionales–. Se me ocurren cuatro. En algunos casos, se han realizado progresos en determinados países europeos, pero, en mi opinión, resulta necesario abarcarlos de forma más sistemática.

1.º El primero es el estatus de las ciudades en el derecho público.

Aunque su lugar en la acción pública ha vuelto a ser central, y es en ellas donde algunos de los problemas esenciales de hoy en día –en particular los relativos a los espacios públicos– son más agudos, en general no son objeto de un corpus de normas específicas y bien organizadas en nuestro derecho administrativo. Sin duda, entre los modelos de organización local encontramos, a menudo, sistemas metropolitanos o de conurbación, pero estos instrumentos se quedan en la superficie de las cosas y no abordan todos los problemas específicos del funcionamiento jurídico de las ciudades, sobre todo a medida que se vuelven cada vez más “inteligentes”, es decir, digitales.

Es cierto que la mayoría de nuestros países han seguido siendo predominantemente rurales durante mucho tiempo, y que incluso hoy en día surgen fácilmente importantes tensiones políticas y sociales entre las ciudades y sus periferias. Pero el precio a pagar es que el material jurídico aplicado al funcionamiento legal de las ciudades no está bien adaptado a ellas.

2.º En segundo lugar está la cuestión de los espacios públicos.

Nuestros derechos administrativos también tienden a afrontar los problemas que plantean –relativos a la saturación de usos, la competencia entre usos, etc.– utilizando unos instrumentos, en gran medida obsoletos, con los que tradicionalmente han abordado el régimen de la propiedad pública: en particular, la teoría de la propiedad pública –la *domanialité publique*, en el derecho administrativo francés–, allí donde se ha adoptado.

Sin embargo, es evidente que este derecho tradicional no resuelve muchos de los problemas que se plantean en este ámbito. Un buen ejemplo de ello es la dificultad que plantea regular el acceso a lugares muy codiciados

(p. ej., Venecia, Mont-Saint-Michel, etc.) sobre la base del principio de libertad de acceso a los espacios públicos abiertos al uso público.

Es evidente, por tanto, la necesidad de una legislación específica y sintética en la materia. En este sentido, debe resaltarse el caso de Perú, que en 2021 adoptó una Ley de gestión y protección de los espacios públicos.

Pero aún queda mucho camino por recorrer en nuestros derechos administrativos europeos. Actualmente se están produciendo interesantes debates en torno a la cuestión de los bienes comunes: el mecanismo italiano de los *patti di collaborazione* es un ejemplo interesante. Otros pasos significativos se están dando a través de la personificación de los bienes públicos: España ofrece un tratamiento singular en la Ley 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor.

3.º El tercer tema, también de gran peso, es el de la tecnología digital pública.

El uso de la tecnología digital en las operaciones administrativas y en las decisiones administrativas plantea, como se ha señalado, numerosos problemas del siguiente tipo: ¿cuándo están autorizadas las administraciones a utilizar algoritmos para fundamentar sus decisiones, en especial, cuando se trata de algoritmos de “autoaprendizaje”? ¿cuándo podemos aceptar que una decisión se tome en base a inteligencia artificial sin intervención humana final?, ¿cómo podemos evitar que se introduzcan sesgos perjudiciales en las decisiones administrativas basadas en inteligencia artificial?, ¿cómo pueden los jueces controlar las decisiones administrativas tomadas con base en algoritmos complejos?...

Algunas de estas cuestiones han sido abordadas por el derecho europeo –especialmente a través del Reglamento general de protección de datos–, pero su perspectiva se limita al régimen de datos y a la protección de la vida privada, por lo que no resuelve la totalidad de los problemas planteados. Por su parte, las leyes nacionales, en ocasiones, han avanzado en esta materia –p. ej. el derecho italiano, con un *Codice* simbólicamente importante–, pero tenemos la impresión de que, en general, no saben abordar determinadas cuestiones y tienden a abandonarse al derecho europeo, cuya perspectiva, sin embargo, no cubre todo el tema.

4.º La cuarta cuestión es la necesidad de adaptar nuestros derechos administrativos a las exigencias de la acción contra el cambio climático.

Esencialmente, las legislaciones nacionales europeas adoptan una posición puramente instrumental al respecto, consistente en multiplicar los instrumentos financieros, regulatorios, fiscales, etc. que pueden alentar u obligar a los actores sociales a adaptar su comportamiento en determinados ámbitos (aislamiento térmico, consumo de energía, etc.).

Sin embargo, en el ámbito particular del derecho administrativo es necesaria una actitud más sistemática, que consistiría, por un lado, en garantizar que todas las decisiones administrativas, incluso las más pequeñas, sean examinadas de acuerdo con las exigencias de la crisis climática. Y, por otro lado, en buscar la adaptación de los propios conceptos del derecho administrativo –aquellos que rigen sobre todo la acción en él– a los imperativos climáticos.

5 Conclusiones

Podemos compartir más o menos la sensación de que, en la era posmoderna, nuestros derechos administrativos han entrado en una zona duradera de turbulencia. En cualquier caso, no podemos negar que, detrás de su aparente fortaleza, están plagados de fuertes tensiones y deficiencias. Corresponde, pues, a la doctrina mover los conceptos en la dirección necesaria. Por su parte, el legislador no debe contentarse con llenar gradualmente los vacíos funcionales sino emprender construcciones más elaboradas.

Bibliografía

- Aguado i Cudolà, Vicenç, Parisio, Vera, y Casanovas Ibáñez, Oscar (dirs.). (2018). *El derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*. Atelier.
- Almeida Cerredá, Marcos. (2017). La incidencia del Derecho de la crisis económica en la configuración de la nueva disciplina en materia de ordenación, funciones y medios de las Administraciones locales en España. En Luciano Vandelli, Gianluca Gardini y Claudia Tubertini (dirs.), *Le autonomia territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi* (pp. 393-433). Maggioli Editore.
- Arroyo, Luis, y Utrilla, Dolores (dirs.). (2015). *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*. Marcial Pons.
- Auby, Jean-Bernard. (2001). La bataille de San Romano : réflexions sur les évolutions actuelles du droit administratif. *Actualité Juridique Droit Administratif*, 11, 912-926.
- Auby, Jean-Bernard. (2012). *La globalización, el Derecho y el estado*. Global Law Press.
- Auby, Jean-Bernard (dir.). (2014). *Codification of administrative procedure*. Bruylant [Droit administratif/ Administrative Law].
- Auby, Jean-Bernard. (2016). *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville* (2a ed.). LexisNexis.
- Auby, Jean-Bernard. (2019). El papel de la ciudad como nuevo sujeto político institucional. *Anuario del Gobierno Local*, 1, 189-202.
- Auby, Jean-Bernard. (2020). Le droit administratif transnational : Un programme de réflexion. En Philippe Cossalter y Gilles Guglielmi (dirs.), *L'internationalisation du droit administratif* (pp. 59-78). Editions Panthéon-Assas.
- Auby, Jean-Bernard. (2021). L'espace public comme notion émergente du droit administratif. *L'Actualité Juridique. Droit Administratif (AJDA)*, 44, 2565-2573.
- Auby, Jean-Bernard. (2022, 22 de junio). [Peut-on parler d'un « tournant spatial » dans le droit public ?](#) *Chemins Publics*.
- Auby, Jean-Bernard. (2023, 12 de junio). [A propos de : Jacques Chevallier, « L'Etat en France. Entre reconstruction et réinvention »](#). *Chemins Publics*.
- Auby, Jean-Bernard, Breen, Emmanuel, y Perroud, Thomas (eds.). (2014). *Corruption and conflicts of interest. A comparative law approach*. Edward Elgar Publishing.
- Auby, Jean-Bernard (dir.), Chevalier, Emilie, y Slautsky, Emmanuel. (2019). *Le futur du droit administratif*. LexisNexis.
- Auby, Jean-Bernard, y Dutheil de la Rochère, Jacqueline (dirs.). (2021). *Traité de droit administratif européen* (3a ed.). Bruylant.
- Auby, Jean-Bernard, y Fonbaustier, Laurent. (2023). Climate Change and Public Law: Introduction. *French Yearbook of Public Law*, 1, 25-33.
- Belandria García, José Rafael (coord.). (2019). *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*. Centro para la Integración y el Derecho Público.
- Bocanegra Sierra, Raúl, y García Luengo, Javier. (2008). [Los actos administrativos transnacionales](#). *Revista de Administración Pública*, 177, 9-29.
- Chevallier, Jacques. (2023). *L'Etat en France. Entre reconstruction et rénovation*. Gallimard.

- Darnaculleta i Gardella, Maria Mercè. (2021). Rasgos del derecho administrativo contemporáneo. En José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual, Luis Arroyo Jiménez (coords.), *Tratado de derecho administrativo* (vol. I, pp. 377-442). Marcial Pons.
- Dellis, George. (2021). *An Economic Analysis of Public Law*. Edward Elgar Publishing.
- Fernández Farreres, Germán. (2016). *Sistema de derecho administrativo, I* (3a. ed.). Thomson Reuters Civitas.
- Finck, Michèle. (2021). Automated Decision-Making and Administrative Law. En Peter Cane, Herwig Hofmann, Eric C. Ip y Peter L. Lindseth (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* (pp. 657-683). Oxford University Press.
- García de Enterría, Eduardo. (2007). *Las transformaciones de la justicia administrativa*. Thomson Civitas.
- García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón. (2014). *Curso de derecho administrativo, Tomo II* (13a. ed.). Thomson Reuters Civitas.
- Hennette-Vauchez, Stephanie. (2022). *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*. Seuil.
- Lignières, Paul. (2022, 12 de agosto). [La démocratie au péril des prétoires](#). *Chemins Publics*.
- Lignières, Paul. (2023). Les nouvelles frontières du droit administratif : l'entreprise, lieu de défense de la souveraineté. *Droit Administratif*, 10, 57-62.
- Martín Delgado, Isaac (dir.). (2020). *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*. Iustel.
- Martín y Pérez de Nanclares, José. (2011). Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa). *Revista d'estudis autònomicos i federals*, 13, 97-145
- Mathieu, Bertrand. (2017). *Le droit contre la démocratie ?* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Míguez Macho, Luis, y Almeida Cerredá, Marcos (coords.). (2017). *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico. Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*. Andavira Editora.
- Quezada, Flavio. (2020). Una aproximación crítica a la comparación de derechos administrativos. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2, 7-28. https://doi.org/10.37417/RPD/vol_2_2020_32
- Schoettl, Jean-Éric. (2022). *La démocratie au péril des prétoires. De l'État de droit au gouvernement des juges*. Gallimard.
- Sassen, Saskia. (1999). *La ciudad global: Nueva York, Londres, Tokio*. Eudeba.
- Velasco Caballero, Francisco. (2020). *Administraciones públicas y Derechos administrativos*. Marcial Pons.
- Vodyanitskaya, Elena. (2023). Local Government. En Rainer Grote, Frauke Lachenmann, Rüdiger Wolfrum (ed.) y Martina Mantovani (coord.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.