

Este documento está publicado en:

Parejo Alfonso, L. (2011). El Tratado de Derecho Administrativo de Muñoz Machado. *Revista Española de Derecho Administrativo, parte Estudios*, 152, pp. 823-838. Recuperado de la base de datos Aranzadi: <http://www.aranzadidigital.es>

El Tratado de Derecho Administrativo de Muñoz Machado.

[BIB 2011\1834](#)

Luciano Parejo Alfonso.

Publicación: Revista española de Derecho Administrativo num.152/2011 parte Estudios Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2011.

I

INTRODUCCIÓN

El Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General de Santiago MUÑOZ MACHADO está destinado a marcar -si no lo ha hecho ya- un hito en la evolución de la ciencia jurídico-administrativa española contemporánea: siendo expresión y consecuencia obviamente de la madurez por ésta alcanzada, señala en ella -impulsándolo y abriéndole nuevas vías y atractivos horizontes- el ciclo de renovación en el que está empeñada, proporcionándole la consistencia sistemática ausente hasta ahora de sus manifestaciones en veneros valiosos, pero parciales y dispersos. Y lo hace -como prueba su éxito desde el primer volumen- suscitando atracción ya con su título general, en tanto que anuncio prometedor de su amplia concepción, correcta y confortablemente instalada en su contexto necesario (histórico, comparado y constitucional), del Derecho Administrativo o, lo que es lo mismo, de su objeto: el poder público administrativo y su actuación. Como demuestra el cumplimiento -en alto grado y relativo corto tiempo- de su plan, su ambición queda más que satisfecha en su contenido real, el cual cumple lo que el título promete, desbordando incluso las expectativas que éste suscita. Y las desborda más allá de lo que habría podido esperarse en una obra individual, lo que solo es explicable desde la biografía, la trayectoria y las cualidades personales del autor. En todo caso estamos sin duda ante una obra de lectura y estudio más que recomendables para la formación en Derecho administrativo, de consulta indispensable y de referencia en todo caso inexcusable.

Aunque el volumen IV relativo a la actividad administrativa sea -en cuanto aparecido en este año- el desencadenante inmediato de esta recensión, no es posible tratarlo con independencia del volumen I, tanto más cuanto su tercera edición acaba de ver la luz en 2010. Sin perjuicio de su relativa autosuficiencia (que explica la rápida sucesión de tres ediciones y una reimpresión), éste desempeña en la organización total de la obra, en efecto, un papel decisivo: la de ofrecer el marco en el que se inscriben los desarrollos de las diversas partes, dotando así de coherencia al conjunto. La toma de posición, desde el principio, sobre la formación y el concepto del Derecho administrativo no es, por ello, sino anticipación a efectos expositivos del resultado de la indagación del origen y la evolución -hasta su estado actual y con prospección de su previsible evolución futura- de las instituciones portantes del edificio administrativo. Es destacable, sin duda, la importancia de la rica perspectiva histórica, desplegada en el doble orden del pensamiento y las normas, pero más lo es todavía el acierto de su despliegue selectivo cara a ofrecer al lector -con la difícil facilidad expositiva que es propia del autor- las claves del origen y el desarrollo de las aludidas instituciones hasta su desembocadero en el régimen actual, que -además- aparece complementado con el análisis de sus líneas de transformación y, por tanto, evolución previsible futura. Surge así con toda naturalidad, y desde la óptica de su mismo elemento vital -el Derecho- la imagen de la Administración y su posición jurídica fundamental en función precisamente de sus cometidos o tareas.

II

Siendo destacable la exposición, sobre el trasfondo del contraste con la situación en la que la revolución norteamericana define la nueva estructura del poder público, de la fragua de la Administración pública de corte continental y raíz, por tanto, francesa, como proceso inscrito dentro del destructivo-creativo revolucionario en el que dimensión no secundaria y en todo caso peculiar es (como en su día ya observó A.DE TOCQUEVILLE) la utilización -transformándolos- de materiales del antiguo régimen, más relevante debe considerarse el protagonismo que, acertadamente, es otorgado en él al resultado de la posición otorgada al Parlamento en la estructura centralizada emergente y, por tanto, al legiscentrismo. Pues este dato crucial permite al autor poner de relieve la razón del traslado de las viejas prerrogativas de las instituciones suprimidas a la organización encargada de la función ejecutiva: su condición de indispensable «prolongación», en tanto que brazo operativo, del órgano representativo soberano. La Administración no es otra cosa, pues, que instrumento necesario para la efectividad, la realización de la Ley, o, si se prefiere, del interés general que en ella se concreta. Y lo es, así, por exigencia del sistema mismo, no como consecuencia de solicitudes o requerimientos de actuación, pues su motor está en la voluntad general formalizada en la Ley. Radica aquí, sin duda, la diferencia -difusa desde la idea de la «aplicación de la Ley»- con el poder judicial, cuya actuación requiere siempre de la pertinente excitación y está referida al caso concreto precisado de que se diga lo que en él es Derecho. La explicación de que así sea deriva de la novedad que aportan las revoluciones determinantes del constitucionalismo: la construcción racional y de nueva planta de la comunidad política y del orden de convivencia social. En ella está inscrito el gen no ya de la demolición de lo antiguo, sino justamente de la continua configuración social para el mayor bienestar general desde el binomio fundamental (aparte la fraternidad o la felicidad) libertad-igualdad. Es concluyente la referencia no ya sólo al énfasis en el principio de igualdad de la declaración de derechos del hombre de 1879 (notado en su día por G.JELLINEK), sino especialmente a la temprana alusión por el

abate Siéyès al Estado social desde el punto de vista del «perfeccionamiento de la especie humana» y del derecho del nuevo ciudadano a los beneficios de la asociación política. Con acierto, pues, señala el autor que en la revolución francesa hay una promesa de futuro: la de una sociedad más justa, de modo que -dada la importancia al efecto de los derechos sociales- sus objetivos se focalizan en la extensión de los derechos (expresivos en sí mismos de desigualdad) y el desarrollo de una política de transformación social. Lo que le permite la triple aguda observación de que en el constitucionalismo francés está desde el principio el germen del Estado social; la incorporación de tareas de carácter social procedentes del antiguo régimen más que aceptación de una herencia -como afirmó A.DE TOCQUEVILLE- es expresión de la voluntad política de asumir los elementos ideológicos implícitos en el patrimonio que aquella representaba; y en ello radica la clave de la secuencia legislador fuerte-Administración ejecutiva y vinculación (colaboración subordinada) de ésta con el legislador.

Adquiere pleno sentido, así, la excelente descripción que el autor hace del proceso de decantación de la Administración en función de la programación legal de sus tareas-responsabilidades, cuyo núcleo se sitúa en la procura del bienestar (servicios sociales; los primeros y más importantes: la instrucción pública y la educación) e impone *su vis expansiva* -incluso en un clima ideológico desfavorable: el del liberalismo burgués- forzando la emergencia de la obra pública y su concesión (lo que vale decir a la postre de la contratación pública), así como, a su compás, de la expropiación forzosa; el dominio público y los bienes públicos en general; los servicios públicos; etc...; y modulando las características específicas de la acción administrativa. En este punto luce especialmente la utilidad de la perspectiva histórica, entre nosotros tan descuidada con las notables e impagables excepciones de A.GALLEGO ANABITARTE y A.NIETO y aquí magistralmente empleada dentro de las limitaciones impuestas por el carácter general de la obra. Valgan como prueba las siguientes muestras:

—El suministro de alguna pista interesante (de seguir) sobre el instituto de la reversión. Su formulación originaria en la primera regulación decimonónica de la expropiación (1836) apunta, en efecto, a su no necesaria conexión con el derecho de propiedad (en calidad de derecho inscrito en el contenido de ésta), tal como -desde el punto de vista constitucional (art. 33 CE)- tiene hoy establecido el Tribunal Constitucional. Pues en tal formulación se agotaba en la pura regla de la preferencia del propietario originario para la adquisición a la hora de la devolución del bien al tráfico jurídico. Solo desde un apriorismo asincrónico se explica la calificación de esta fórmula como regulación aún poco afinada.

— La aportación de claves decisivas -ligadas a la realidad de las cosas (económica y tecnológica)- para la cabal comprensión de la formación de la noción de servicio público en su doble dimensión subjetiva o estricta y funcional u objetiva a la luz de la evolución de los más significativos, especialmente de los prestados en red o en términos de sistema (no necesariamente de infraestructuras físicas), y de su transformación -vía liberalización- en mercados-sectores regulados, en los que la presencia de las obligaciones de servicio público (incluso universal) hablan de su persistencia bajo nueva veste (la regulatoria). Precisamente en aras de la naturaleza de las cosas algunas afirmaciones requerirían mayor precisión para evitar equívocos: así, en el caso del sistema eléctrico, la del carácter meramente funcional u objetivo de su histórica declaración como servicio público, al no haber comprendido la totalidad de la actividad eléctrica y sí solo el suministro, pues -dicho así (global y funcionalmente)- el suministro comprende de suyo el entero sistema, ya que la diferenciación en su seno de una actividad de suministro es muy reciente, siendo lo esencial históricamente que sólo la operación y la gestión del sistema llegaron a ser servicio público en sentido subjetivo u orgánico.

— La puesta en evidencia, importante por razón de la liberalización actual de los grandes servicios en red o sistema y, recientemente, de las actividades de prestación de servicios, del desarrollo histórico de la actividad administrativa de vigilancia o supervisión, lo que dice de la importancia desde siempre de la relación jurídica y no únicamente de los momentos de formalización por la Administración -de oficio o a solicitud de interesado- de su conocimiento, juicio o voluntad (es decir, de los actos administrativos, en los que, sin embargo, ha acabado centrándose la construcción dogmática). Esa actividad da lugar, en efecto y antes de la generalización de la regulatoria, a la emergencia de técnicas organizativas y funcionales especializadas, significativamente la de corte comisarial. Al hilo de ésta (en su aplicación al sistema financiero), el autor habla significativamente de una «supervisión administrativa continua». Y cobra decisivo protagonismo hoy a resultas del amplio desmontaje de la intervención administrativa puntual previa y de la liberalización no solo de sectores concretos, sino de gran parte de la actividad económica (básicamente, como ya se ha apuntado, la de prestación de servicios). Pues da lugar al fenómeno del significativo desplazamiento del Estado prestador por el Estado garante de la prestación, el cual -como el propio autor se encarga de destacar- vigila el buen funcionamiento del mercado (en realidad los mercados), estableciendo reglas cuando resultan necesarias para dicho buen funcionamiento y velando por la libre competencia en él. Queda al descubierto así también, sea dicho de paso, una deficiencia de la dogmática actual: el abandono del tratamiento de esta actividad y no sólo desde el punto de vista de la relación Administración-sujeto privado (en la que la tensión es entre interés general e interés/derecho particular), sino también de la interorgánica e interadministrativa, en la que -ocupando el interés general ambos polos de la tensión- se suscita la cuestión de la sujeción de unos órganos u organizaciones a otros igualmente administrativos a las potestades de policía inscritas en sus competencias y, en su caso, el alcance de la misma.

— Donde el empleo de la dimensión histórica y, por tanto, de la exposición evolutiva muestra con mayor vigor, sin embargo, su utilidad y capacidad de sugerencia es, quizás y ello merece ser destacado en este punto, en el análisis de los principios generales del Derecho, cuya génesis, significación, función, alcance y juego efectivo emergen ante el lector con toda naturalidad al hilo del desarrollo -eficazmente entrelazado- de la jurisprudencia del Consejo de Estado

francés primero y la influencia de la del Derecho y la jurisprudencia comunitarios luego, de un lado, y del Derecho, la doctrina y la jurisprudencia civiles y administrativos propios, de otro lado.

III

Las apuntadas bases históricas -acompañadas ahora con una excelente síntesis de los planteamientos clásicos de M.HAURIΟΥ y L.DUGUIT- se traducen lógicamente en la posición que el autor mantiene en punto al concepto de Derecho administrativo, que es constructiva y moderadamente crítica -en lo que tiene de excesivamente formal- con el estatutario formulado por E.GARCÍA DE ENTERRÍA y absolutamente dominante en la doctrina española; posición que, aunque flexible y abierta, luego explicará muchas de las tomas de posición sobre cuestiones diversas, pero especialmente -en lo que aquí interesa- sobre las que suscita la institución de la autotutela administrativa. Aunque quizás habría sido deseable (deseo en ningún caso convertible en reproche al texto) la extracción de consecuencias más precisas del mayor peso del plano sustantivo y, en particular, de las tareas administrativas, no puede discreparse de ella, porque es indudable la distorsión que produce la concentración excesiva en el dato subjetivo de la personalidad: la reducción de las características precisas para el cumplimiento de la proteica y finalista función o tarea administrativa a cualidades exorbitantes de la persona, que ésta es capaz de proyectar sobre cualesquiera de sus actuaciones. Con el efecto objetivo de la igual reducción de la diversidad de la textura de las relaciones jurídico-administrativas en función tanto de la índole del interés o los intereses generales implicados como de la consistencia de la posición o posiciones del sujeto o sujetos privados involucrados (consistencia que alcanza su punto mayor en las sostenidas por derechos constitucionales y libertades públicas, tanto más cuanto que -en su dimensión objetiva-determinan igualmente el interés general). Quedan así indebidamente fuera del foco de atención, en efecto, los requerimientos y condicionantes diversos de la satisfacción del interés general en los diferentes casos; requerimientos al servicio de los cuales están justamente, modulándolas o, incluso, enervándolas, las prerrogativas administrativas.

En cualquier caso queda establecida una sólida base para abordar la posición del Derecho administrativo en el ordenamiento total y, en particular, sus relaciones con el Derecho penal y el Derecho privado, así como de la Administración en cuanto parte de la estructura de poderes públicos.

Por lo que hace al Derecho administrativo, el examen de sus relaciones con el Derecho penal proporcionan ocasión para afrontar la denuncia de la amenaza que para el sistema jurídico supone la reciente deriva de éste, incentivada por el fenómeno de la corrupción; deriva, que -al prescindir del principio de *ultima ratio* en la política criminal y afirmar el directo conocimiento de la jurisdicción penal con arrinconamiento del mecanismo de la prejudicialidad administrativa- cuando menos dificulta seriamente el despliegue por el Derecho administrativo de su específica función de dirección social, afectando, incluso, el correcto funcionamiento de la Administración pública. Y más allá aún: pone en riesgo la seguridad jurídica no sólo en el funcionamiento interno de la Administración, sino en sus relaciones con los ciudadanos y por lo que hace a éstos mismos. Ante el alcance y la gravedad del fenómeno (que no es exclusivo de nuestro Derecho, pero que en el reviste caracteres muy preocupantes), la voz destacada de S.MUÑOZ MACHADO no está sola, al ir adquiriendo conciencia la doctrina de sus implicaciones y consecuencias (véase, p. ej., L.PAREJO ALFONSO, La deriva de las relaciones entre los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistémica, Documentación Administrativa, números 284-285 [2009], página 273 y sgs.) en la línea justamente por aquél apuntada.

Las relaciones con el Derecho privado reciben un amplio tratamiento que, de suyo, lleva de la mano a la cuestión de la reserva de Derecho administrativo, cuyo tratamiento no conduce -a pesar del análisis crítico del debate doctrinal- a una conclusión precisa y clarificadora de éste. En particular, parece poder echarse de menos la comprensión de que la posición postuladora de la vinculación constitucional ex artículo 103.1 CE de la Administración pública al Derecho administrativo (que es la mantenida, por ejemplo, por quien recensiona) no significa reserva constitucional de Derecho administrativo en el sentido de monopolio de éste en la integración del régimen del funcionamiento y la actuación administrativos y si únicamente que la Administración, cuando opera como tal, no está habilitada para disponer sobre su propio estatuto, librándose -siquiera parcialmente- de él, sencillamente porque está sujeta constitucionalmente por completo y sin excepciones a él. Lo que, siendo el Derecho administrativo solo una rama más del Derecho, nada obsta ni al recurso por aquél al Derecho privado para la integración del régimen de la actuación propiamente administrativa, ni a la compleción de la programación administrativa misma (incluso en sede aplicativa) con normas idóneas puestas a disposición por el Derecho privado (en calidad, éste, de lo que los alemanes llaman «orden de recogida» o «Auffangordnung»). Lo decisivo es que este mecanismo -lógico en el funcionamiento del ordenamiento como sistema desde el punto de vista de la economía normativa- no transforma el Derecho administrativo en Derecho privado. Basta con aludir al caso de la celebración de un contrato de compraventa o de permuta: el hecho de que el contrato se rija por su regulación jurídico-privada no significa que la correspondiente operación contractual escape de la regulación de la del sector público.

De esta reserva se pasa con naturalidad a la de Administración, en la que puede y debe compartirse desde luego, al menos en lo sustancial, la matizada y equilibrada posición del autor, si bien el razonamiento que está en su base -tomado en su conjunto- deja cierta sensación de falta de un último ajuste. Y ello porque, desde el punto de vista de la división y el equilibrio entre poderes constituidos, el mero distinto tenor literal de la definición de las funciones gubernativo-administrativa (arts. 97 y 103.1 CE) y judicial (art. 117 CE) no parece que pueda justificar sin más y por completo la asimetría del tratamiento de la relación del legislador con la una y la otra. Téngase en cuenta que si una Ley debe ser inconstitucional cuando excluya el control judicial, ello será porque las decisiones correspondientes no deben ser legislativas; argumento éste que, en principio, debería valer también en la hipótesis en la que el legislador no ya comprime, sino que penetra en el núcleo de la función ejecutiva.

Ésta de las llamadas reservas de Administración y de Derecho administrativo es de las que tienen implicaciones de calado, pues la suma de la construcción formal-subjetiva del Derecho administrativo como estatuto de una persona jurídica y la ausencia de claridad sobre aquella reserva conducen de suyo al desembarazado predicado de capacidad jurídica para la persona Administración pública, siendo así que en ella precisamente es -entre todas las personas jurídicas- en la que el dato de la personalidad alcanza el grado de ficción máximo posible: mero recurso de identificación de un centro de imputación en las relaciones jurídicas a puros efectos instrumentales y prácticos. En ella no es posible, en efecto, ni siquiera la referencia indirecta (vía la idea de la cooperación social para la superación de las limitaciones individuales) a sustrato personal alguno. Por ello no es factible reconducción alguna (como matizadamente lo es en el caso de las personas jurídicas privadas) al valor de la libertad y, por tanto, de la autonomía de la voluntad, lo que vale decir a la capacidad (universal) como trasunto de ésta y de la consecuente posición del sujeto en el ordenamiento jurídico. Lo impide la construcción no ya distinta, sino cabalmente inversa, de la Administración como sujeto servicial heterónomo por imposición del principio de legalidad. Se trata, pues, de un puro mecanismo objetivo de actuación de la Ley, dotado de subjetividad a efectos del tráfico jurídico y que no tiene más voluntad que la que la Ley (el Derecho) le confiera y que, por ello, no puede ser titular de derechos fundamentales o libertades públicas. Lo que significa: la Administración no tiene verdadera capacidad jurídica (en términos equivalentes a las personas de Derecho común) y si sólo funciones organizadas y dinamizadas mediante potestades (habilitaciones-deberes de actuación). Esto es así incluso cuando la Administración actúa la potestad de iniciativa económica (de ahí la necesidad del artículo 128.2 CE, en otro caso superfluo ex art. 38 CE), pues el ejercicio mismo de tal iniciativa no es aún desarrollo de la actividad empresarial (remitida ya plenamente al Derecho común). Se comprende, así, por qué no puede (tirándose de los propios cabellos) disponer sobre su propio estatuto. Quebraría, en efecto, el principio básico (ligado al de división funcional o vertical del poder constituido) de motor único (la programación constitucional-legal), al reconocerse, junto a él (con potencialidad de contornos difícilmente precisables), la posibilidad de la actuación exclusivamente por propia voluntad.

IV

Las transformaciones en curso que afectan al Estado (y, por tanto, la Administración pública) y al Derecho público (en particular al administrativo) son atentamente analizadas y sugerentemente expuestas al hilo de las diferentes instituciones básicas, destacando el aparente deterioro (más bien transformación) de la soberanía y la fragmentación del poder y del Derecho (conducente a un sistema policéntrico y polimórfico de dirección y control sociales) en el contexto de la llamada globalización. No obstante, tres precisiones parecen pertinentes. En primer lugar, la globalización se aborda desde una doble y separada perspectiva -la de la afección de la soberanía y la tensión concentración-descentralización del poder, de un lado, y la evolución hacia la institucionalización de éste y de la formación a escala supranacional, internacional e, incluso mundial, de otro- que deja en el lector tanto un deseo de que la primera, rebasando el cómo, aborde también el para qué del fenómeno, que es, en definitiva, la pregunta que late -sin perjuicio de su carácter quizás radical- en la posición de P.DE VEGA, aludida, pero no compartida, por el autor, y que la segunda no se circunscriba tan estrictamente al plano jurídico ni culmine en la cita de posiciones doctrinales ciertamente ilustres cuya brillantez más que iluminar dejan en la sombra parte importante de la realidad del fenómeno. Y en segundo término, la coincidencia en la exposición del consistente en la descentralización social del poder normativo (autorregulación; Derecho blando) no empece a la llamada de atención sobre la procedencia de que la doctrina, aún siendo consciente de los diversos factores que prácticamente hacen irremediable el proceso, se plantee -a efectos de fijar ciertos límites y cautelas- la cuestión de si el repliegue de dicho poder, especialmente del administrativo, a favor de centros privados de producción significa verdaderamente una mejora neta, inquiriendo sobre las disfunciones e incluso perversiones a que da lugar. Finalmente, se echa de menos alguna referencia a los importantes fenómenos, vinculados a los anteriores, del efecto (sobre el poder y el Derecho) de la incertidumbre -a escala planetaria- generada, concurrentemente, por la revalorización de la seguridad como consecuencia fundamentalmente del terrorismo internacional y la consecuente transformación de la tensión constitucional básica de aquél con el de la libertad y la innovación constante y acelerada derivada de la sociedad actual científico-tecnológica. Esta perspectiva, en efecto, ilustra la riqueza y la complejidad actuales de la interesante cuestión, que el autor prácticamente deja solo planteada, del margen de libertad del legislador para configurar y atribuir potestades administrativas, en particular discrecionales.

En este contexto debe convenirse con el autor en la trascendencia de la confluencia de los sistemas jurídicos de corte anglosajón y continental europeo en el doble terreno de la relevancia de los derechos frente a la legalidad (propiciada en el continente europeo por el proceso de constitucionalización de esta última) y de la posición de los Jueces y Tribunales (destacada, no sin razón, aunque sea más cuestionable su catalogación como la principal de entre las transformaciones del Derecho público).

En punto a la evolución conducente a la teorización de los derechos humanos y, entre nosotros, fundamentales debe alabarse la referencia del autor al importante papel histórico desempeñado por la segunda escolástica española, normalmente descuidado o no debidamente ponderado en las exposiciones europeas y, lo que es más de lamentar, en las españolas. Es significativa la cita de la afirmación por H.WELZEL de que I.KANT es el primero que expresa la dignidad del hombre como ser éticamente libre. Pues, sin ponerla desde luego en cuestión, es evidente que en ello ha tenido algo que ver el hallazgo de la dignidad de la persona como ser moral que tiene su antecedente -en la primera mitad del S. XIII- en la obra del *doctor irrefragabilis* Alejandro DE HALES (*persona res moris est, quia dicit proprietatem dignitatis*) - y en la labor de los legistas y decretalistas. Pero, como debemos agradecer que haya señalado TheoKOBUSCH (*Die Entdeckung der Person. Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1997), la elaboración de la noción de persona como ser moral y la idea

de los derechos que le pertenecen como tal es obra de la escolástica española (VITORIA, DE SOTO, DE LAS CASAS y SUÁREZ, fundamentalmente), que se transmite a Pufendorf y otros teóricos de la filosofía alemana. La aportación decisiva es, sin embargo, la del granadino y profesor de Salamanca, Alcalá y Coimbra Suárez, cuya obra opera como bisagra entre la escolástica medieval y la filosofía escolástica alemana y la ulterior filosofía crítica. La doctrina del *esse morale* experimenta con él, en efecto, un verdadero renacimiento, pues -en la medida en que aquél es libre y supone un modo de manifestación de la voluntad- lo moral pasa a tener por objeto el acto moral (quedando en segundo plano los objetos por él aludidos o afectados). Y lo libre (*liberum*) se refiere -a diferencia de lo sólo voluntario- a la posibilidad misma de decidir y no únicamente entre lo bueno y lo malo, sino entre querer y no querer, hacer y no hacer. De ahí que la voluntad humana sea libre, encontrando el ser moral su fundamento en tal libertad, de modo que no está determinado por su relación con una Ley divina. De forma parecida a como luego en KANT, la libertad es así la *causa essendi* de la Ley. En definitiva, pues, la libertad no es un don divino o supranatural, sino una determinación connatural del ser humano (de donde la dignidad o valor de éste). La ontología del ser moral de SUÁREZ, pues, la de la persona en cuanto ser libre cuyos actos de voluntad y los resultados de éstos constituyen el campo de los *entia moralia*, consistiendo su objeto justamente en la persona *moralis* considerada -y esto es decisivo- tanto individual (ser dotado de libertad y dignidad) como colectiva o institucionalmente (ente determinado por la impronta de una voluntad; aunque SUÁREZ no llegue a emplear el término técnico, KOBUSCH afirma que es el descubridor de la institución). Y de esta doctrina son tributarios, como antes se ha dicho, PUFENDORF y otros autores.

Y en lo que hace a la realidad actual de los derechos fundamentales, el desarrollo de su reconocimiento en la dimensión comunitario-europea no parece que pueda plantearse, como hace el autor, abstracción hecha de la lógica de la integración supranacional, concretamente del sistema de reparto de competencias en que ésta descansa y en cuya defensa se han mostrado especialmente atentos los Tribunales Constitucionales italiano y alemán. Debe tenerse en cuenta que ni la carta europea ha podido adecuarse, por razones obvias, a la diversidad de las proclamaciones constitucionales, siéndole necesario por ello remitirse en muchos casos a los términos de éstas, ni el Tribunal de Justicia es, ni siquiera sustantivamente, un Tribunal constitucional en el sentido en que lo son los de los Estados miembros. Si no es lícito negar el aspecto positivo del desarrollo del reconocimiento a escala europea de derechos precisamente fundamentales, tampoco lo es desatender su lado problemático, que sin necesidad de acudir a la doble tensión con el convenio europeo de 1950 (y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo) y los textos constitucionales de los Estados miembros comienza ya en el seno del propio Derecho originario comunitario (falta de claridad de la relación entre las cuatro libertades tradicionalmente consagradas en él y los derechos-libertades relevantes en el orden económico, fundamentalmente la libertad de empresa y la propiedad). En todo caso, la clave en este orden de cosas no puede verse en la aplicación uniforme del Derecho comunitario, a cuyo efecto bastaría la dimensión objetiva de los derechos, es decir, su condición de principios generales del mismo obtenidos a partir de los elementos comunes de los ordenamientos de los Estados miembros. Otra cosa sería desconocer que los órdenes de derechos constitucionales expresan los fundamentos de la convivencia y el contenido valorativo nuclear en y de los espacios políticos estatales (expresivos de la identidad política nacional y las correspondientes estructuras fundamentales políticas que la Unión Europea está obligada a respetar: art. 4.2 TUE) y reconocer al espacio político comunitario una universalidad que no posee (construido, justamente por su carácter, más bien sobre los valores comunes a los Estados miembros y, en particular, el expresado en el deber de respeto de los derechos humanos: art. 2 TUE), desconociendo la arquitectura de la integración supranacional anclada aún en la cesión de parte de la soberanía estatal y, por tanto, las competencias de atribución, quedando reservadas a los Estados todas las no atribuidas. De modo que la aproximación a esta cuestión tiene que descansar en la naturaleza «asociativa» de la Unión Europea.

Sobre la posición de los Jueces y Tribunales convence plenamente y merece, por ello, pleno apoyo la posición del autor y más aún su propuesta firme por una adecuada ordenación de la jurisprudencia, ausente entre nosotros en virtud de la acumulación de varios factores y, en particular, la redacción de los pronunciamientos judiciales no atenta a la función real de éstos en el sistema de fuentes, la impredecibilidad de su sentido a partir de los previamente existentes y pertinentes al efecto (productora, en efecto, de una situación objetiva de inseguridad en el tráfico jurídico) y el inadecuado empleo de los mismos (en toda su extensión y con entera independencia de su lógica interna). A la exposición de las razones que más que aconsejar hacen imperiosa la ordenación propuesta, cuya dificultad práctica -dada nuestra cultura jurídica real- no puede, sin embargo, desconocerse, debe añadirse aún, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo la de la desatención por los propios Jueces y Tribunales del carácter de enjuiciamiento *ex post* (tanto más grave cuanto mayor el retraso en la respuesta judicial) de la decisión o actuación administrativas y del cumplimiento por el control judicial (la jurisprudencia) de una función de codirección de la acción administrativa (complementaria de la que cumple el legislador), que imponen específicas y rigurosas exigencias a las decisiones judiciales.

En relación con las transformaciones del Estado desde el punto de vista de las relaciones de éste con la sociedad, el autor ensaya, con verdadera ambición y seguro pulso, el replanteamiento de la organización de sus formas de actuación y, en particular, de su Administración pública. Es indudable tanto el desbordamiento de las clasificaciones doctrinales por la proteica y evolutiva acción administrativa, que desactualiza incluso las más autorizadas y establecidas dentro y fuera de nuestro ordenamiento, como la importancia creciente de la «regulación» (y, dentro de ella, de la «autorregulación») como forma específica de actuación del poder público en el Estado reductor de su papel prestador en beneficio de su papel como garante que recurre como forma idónea de dirección y control social cabalmente a la regulación.

El atractivo y la brillantez, además de la utilidad, de la tesis de S.MUÑOZ MACHADO quizá puedan inducir la tentación de sucumbir sin más y por completo a la nueva sistematización de la entera materia administrativa en torno al binomio regulación-garantía. Y ello, porque de éste se predica aparentemente la capacidad para ordenar todas las instituciones y técnicas de acción pública y las relaciones con la sociedad y los derechos bajo un marco conceptual único, con arrumbamiento de las dos clasificaciones más generalizadas entre nosotros: la clásica de Jordana DE POZAS y la actual de E.GARCÍA DE ENTERRÍA (con las correspondientes modulaciones y complementos). No parece que deba entenderse el planteamiento del autor en tales términos, ya que debe suponerse la implícita consideración de que las clasificaciones, en tanto que instrumentales para la ordenación de la abigarrada actuación pública, no pueden aspirar a ser definitivas y perfectas y sí únicamente útiles, manteniendo aún las establecidas -aunque hayan quedado incompletas- capacidad explicativa y orientadora, toda vez que la forma de actuación emergente en modo alguna desplaza las ya existentes. La regulación, de otro lado, no es tanto una novedad radical y absoluta cuanto un salto cualitativo en una opción organizativa preexistente y ahora empleada con decisión en extensión y alcance. De entre las alternativas de organización de la satisfacción de las necesidades en abastecimiento o suministro de bienes y servicios nuestra Constitución conoce, junto a las de carácter público-administrativo, la de entrega al mercado como mecanismo ordinario. Esta fórmula se vio potenciada desde la incorporación a la entonces Comunidad Económica Europea, en tanto que focalizada ésta en la realización de un mercado interior común, de suerte y manera que desde entonces nuestro orden constitucional económico ha debido interpretarse en el sentido del mercado como procedimiento normal o general para la dación de bienes y la prestación de servicios, siempre que cumpla estas funciones en cada caso a precios razonables y salvo excepciones justificadas por intereses públicos (derivados obviamente de bienes constitucionales suficientemente relevantes) que deban prevalecer. Es el proceso de liberalización -a escala europea- de los sectores estratégicos y de funcionamiento en red, hasta entonces en diverso grado y con diferentes técnicas en mano pública, el que señala el punto de inflexión determinante tanto de la emergencia como de la importancia de la regulación. Con las precedentes acotaciones, ninguna duda cabe la procedencia de asumir el nuevo criterio clasificatorio propuesto.

En todo caso y volviendo a la obra comentada, es claro que todo depende del concepto de «regulación» de que se parta, pues éste está más definido en otras ciencias sociales, especialmente la económica (en la que no se precisa su deslinde neto de las restantes formas establecidas de actuación estatal-administrativa), que en la ciencia jurídica (donde aún presenta perfiles poco nítidos), siendo la traslación a ésta de conceptos acuñados en otros campos de conocimiento tarea no precisamente fácil. El propio autor dedica atención a la precisión del concepto, que -de modo congruente con su propuesta- acota de forma muy amplia, en términos que engloban la normación y la ejecución administrativa, aunque sin confundirse sin más con ninguna de éstas. Y si bien reconoce que se emplea tanto de forma extensa (por referida a la total actuación del Estado) como también más limitada, sostiene que en todo caso las instituciones y técnicas a cuya aplicación da lugar mantienen unas características comunes que permiten identificar elementos organizativos y sustantivos que permiten edificar y definir las notas sustanciales en las que descansa la concepción de la regulación. Se trata de una sobresaliente y estimulante teorización, cuya virtud más destacada es el señalamiento del camino y el impulso de su seguimiento, que amerita desde luego ulterior elaboración, comenzando por una identificación de la naturaleza distintiva de la regulación más precisa que la excesivamente genérica como poder de utilizar todos los medios (normativos y ejecutivos) necesarios para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia. Tan abstracta determinación dice mucho y nada al mismo tiempo, presentando el inconveniente de la no diferenciación respecto de la normación y la ejecución en sentido estricto, que siguen subsistiendo y, por tanto, conviviendo con la nueva forma de actuación. Y, respecto de su fin específico, requiere mayor precisión, pues, siendo cierto que consiste en orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia, ni consiste en la aplicación misma de la política de la competencia (que es otra función transversal a los distintos concretos mercados y encomendada, por ello, específicamente a una organización especializada en dicha política), ni se centra sólo en el funcionamiento de los correspondientes mercados, focalizándose primariamente en la estructura misma de éstos, es decir, de los concretos sectores económicos en cada caso regulados. Siendo, como es, la regulación una técnica ligada a la liberalización de sectores que, por sus características (en gran medida integrar verdaderos sistemas), padecen en mayor o menor medida de refractariedad a la plena competencia y, por tanto, al funcionamiento en términos de mercado, su encuadramiento en la categoría de control (neutral respecto de las de normación y ejecución) ofrece las mejores perspectivas para su diferenciación en el seno de las formas de actuación administrativa. Y ello ya desde el significado general del término, pues conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua incluye (quinta acepción en la 22ª edición) justamente la de regulación -manual o automática- sobre un sistema. Pues la regulación es especializada en un sector-mercado e implica la vigilancia-supervisión del mismo para, desde y en función de sus características y requerimientos (extremo éste decisivo), incidir en su estructura (de ahí la intervención más incisiva de los reguladores en las operaciones de concentración que, desde luego, en las conductas relevantes desde el punto de vista de la competencia) y el funcionamiento (condiciones de dación de los bienes y prestación de los servicios a efectos de la satisfacción de las necesidades sociales). Las concretas técnicas empleadas para esa incidencia no hacen tanto a la definición misma de la regulación (por instrumentales), cuanto la específica articulación del control en que consiste en función y para el sector-mercado de que se trate y de la cual forma parte integrante determinante -por ello mismo- su organización separada, especializada y dotada de independencia.

Por demás la orientación de la más actual y autorizada doctrina científica alemana (acuñadora del concepto «nuevo» Derecho administrativo) está ciertamente presidida por idea de la «Steuerung», pero utilizando ésta no tanto en el sentido estricto de la «regulación» de sectores-mercados de que se viene hablando, sino enfatizador de la

potencia ordenadora, directiva y orientadora de dicho Derecho desde el punto de vista de la teoría de sistemas, es decir, en el significado de mecanismo complejo regulador del sistema jurídico-administrativo en todas sus manifestaciones, incluidas las formas jurídicas de actuación de la Administración. Y la clasificación de éstas, lejos de verse subvertida o al menos seriamente alterada por la emergencia de aquella «regulación», se entiende capaz de incorporarla sin más como nueva forma jurídica de actuación (véase, al efecto, la contribución de W.HOFFMANN-RIEM *Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen*, en el Tomo II de la obra colectiva dirigida por él mismo, SCHMIDT-ASSMANN y VOSSKUHL, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C.H., Beck, München 2008).

V

La exposición de la actividad administrativa jurídica formalizada conducente tanto a la producción de actos como a la celebración de contratos es completa y didáctica sin renunciar al rigor científico, planteando y resolviendo, siempre con apertura de nuevas ventanas de mejora y cita pertinente y al día de la doctrina y la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa relevante, los problemas de calado dogmático que dicha doble actividad suscita. Todo ello cumplido, además, de modo congruente con los planteamientos básicos que han quedado antes expuestos.

Buen ejemplo es la crítica a que el autor somete, aun reconociendo las buenas razones que le asisten, el concepto amplio de acto administrativo establecido en la legislación, aceptado por la jurisprudencia y generalizado en la doctrina. En muy buena medida es convincente, pero incondicionalmente sólo en cuanto a la necesidad de solventar las deficiencias que señala. Pues parece clara su reconducción a la posición del autor especialmente en punto a la ejecutividad de los actos, siendo así que los problemas que acertadamente se apunta que ésta suscita pueden encontrar suficiente solución en sede de tal cualidad de los actos. Por ello, no deja de suscitar duda la procedencia de la sustitución del concepto establecido por el estricto que se postula. Pues, dado el arraigo y el funcionamiento entre nosotros del primero, no siendo visibles (y pudiendo ser superados, en todo caso, por otras vías) los inconvenientes, más bien teóricos, de la imputada reducción de la institución común del acto a niveles que se dice impiden el cumplimiento de su función, el propugnado, es decir, el concepto estricto presenta, por su parte, inconvenientes no desdeñables. No es éste el sitio para entrar en detalle en ellos. Baste con un breve apunte de algunos:

a) Dejar fuera, aparentemente al menos, todo el campo de lo organizativo, incluidas las relaciones interorgánicas en modo alguno despreciables y, desde luego (por clasificarlos en la acción directa), supuestos que dejan de encajar, como, por ejemplo, la importante actividad de policía administrativa de seguridad ciudadana y, en particular, la decisión de carga policial (tras los avisos pertinentes) o de requerimiento de identificación, etc..., cuyo encuadramiento en la actividad jurídica formalizada es un logro de difícil renuncia.

b) Producir un desajuste con el control judicial, pues no es evidente que los supuestos de actividad administrativa formalizada que quedan fuera del radio del acto administrativo encuentren acogida clara en la categoría de actuación. Aunque sea cierto que el artículo 1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa alude genéricamente a ella al delimitar el ámbito de conocimiento de este orden jurisdiccional, no lo es menos que los artículos 25 a 30 de dicho texto, al determinar concretamente lo susceptible de impugnación a efectos de la concreción del objeto del recurso contencioso-administrativo, contemplan sólo -dejando ahora aparte las disposiciones de carácter general- tres categorías: la de los actos expresos y presuntos, la inactividad jurídica en los términos legalmente previstos (es decir la consistente en el incumplimiento de prestaciones debidas en virtud de disposición autoaplicativa, contrato o convenio y la inejecución de actos firmes) y la actuación material igualmente en los términos legalmente previstos, es decir, la vía de hecho.

En todo caso es llamativa, aunque quizás solo para quien escribe estas líneas, la exclusión de entre los actos administrativos de los acuerdos, pactos y convenios a que se refiere el artículo 88 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común para su subsunción en la categoría de convenios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector públicos (salvo que su objeto consista cabalmente con el de uno de los regulados en ella). Tal encuadramiento presupone que en los referidos acuerdos se produce un intercambio de prestaciones por requerir la Administración actuante la asunción voluntaria por el sujeto o sujetos privados de las correspondientes obligaciones. Pero, en puridad, en los acuerdos de que se trata:

- Cabe la ausencia de todo efecto de vinculación de las partes.
- Puede no haber sustitución alguna del acto administrativo unilateral finalizador del procedimiento (son los acuerdos o pactos preparatorios), incluso si son vinculantes.
- Cuando sustituyen el acto administrativo unilateral producen la resolución del procedimiento administrativo en el que se ejercita una potestad actuable siempre de forma unilateral.
- Todo lo cual se explica porque el objeto es aquí, al contrario que en los convenios en sentido estricto, la definición -en ejercicio de la potestad implicada- de lo que es Derecho en el caso concreto (más específicamente: el interés general. De donde se sigue que se está más bien ante un fenómeno de participación, en grado diverso, de los sujetos privados afectados en la determinación del interés general a servir en el supuesto específico. Nada más y nada menos. Dependiendo obviamente el grado de la participación de la naturaleza de la potestad y, por tanto, de la materia en la que ésta opera. Motivo por el cual el juego de la técnica consensual alternativa a la autotutela declarativa puede modularse e, incluso excluirse por la Ley sectorial reguladora de la referida materia.

Por demás puede y debe compartirse desde luego el planteamiento del autor no sólo en cuanto a i) la validez de los actos administrativos, punto en el cual es perfectamente congruente con el concepto de Derecho administrativo asumido previamente y, en especial, la consideración, ya destacada, de que la Administración es un poder público -al

igual que lo es el legislador o el Juez- y un poder público absolutamente necesario para la efectividad de la Ley; ii) la ejecutividad de dichos actos, en tanto que correlato de la nota anterior y mera cualidad, pero no así por analogía -muy discutible- con la Sentencia (y que el autor aduce recordando la posición clásica de O.MAYER); y iii) la ejecución (forzosa) como actividad dirigida a llevar a puro y debido efecto un acto previo, que, por ello, debe mantenerse siempre en línea de continuación con éste.

Siendo perfectamente constitucional la ejecutividad, como desde luego reconoce el autor, es ella la sede natural para resolver los problemas planteados a propósito de la noción misma de acto, conforme ya se advirtió. Pues la ejecutividad es, como se ha indicado y se olvida normalmente entre nosotros, una mera cualidad, que sólo puede actualizarse cuando el acto sea susceptible y precise de ejecución (por comportar, en su caso, un deber del destinatario o destinatarios de hacer o dar, no hacer o tolerar que reclama cumplimiento a partir de la eficacia del acto en la o las correspondientes esferas de los sujetos). Sentido éste que es el que ha de darse sin duda a la prohibición legal de inicio de cualesquiera actuaciones de ejecución sin la previa decisión que le sirva de fundamento (fundamento que estaría ausente en otro caso). Por tanto, no es que haya tanto que quebrar una supuesta universalidad de la ejecutividad, cuanto que afirmar que ésta sólo puede actualizarse (en ejecución) cuando concurra el aludido presupuesto y que, por tanto, la procedencia de la ejecución misma es susceptible de control -desde luego judicial- al igual que sus términos y alcance. De modo que, siendo hoy posible la adopción de medidas provisionales durante el procedimiento (y antes, por tanto, de su resolución) y operando la técnica de la suspensión en la revisión de oficio de los actos y en los procedimientos impugnatorios de éstos (la cual puede, en unión de la medida cautelar adoptada en el procedimiento originario, enlazar con el planteamiento de la tutela cautelar en vía contencioso-administrativa), no parece necesaria construcción alternativa alguna (forzando algo, interpretativamente, la doctrina del Tribunal Constitucional) para la garantía plena de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos implicados. Pues el criterio decisivo para la procedencia de la ejecución y, en su caso, la enervación cautelar de ésta en modo alguno es el formal de la prerrogativa (de donde, de nuevo, el acierto de la superación, por modulación, del concepto de Derecho administrativo generalmente aceptado); es, por el contrario, el sustantivo referido a los intereses en presencia (el general y el o los particulares) y su ponderación a la luz, en último término, del orden constitucional. Con lo cual queda suficientemente asegurada la tempestiva valoración de la procedencia de la ejecución por el Juez o Tribunal competente.

Verdaderamente podría seguirse este comentario casi indefinidamente. Tal es la erudición, la enjundia, el poder al mismo tiempo analítico y sintético y la potencia informadora, creativa, sistematizadora y sugeridora de la obra de S.MUÑOZ MACHADO. Pero el objeto de estas líneas fuerza a seleccionar (naturalmente de forma subjetiva, lo que ha de tenerse en cuenta, ya que la obra contiene mucho más de lo que dejan entrever estas líneas) y con lo dicho parece suficiente para alentar a sumergirse en ella y contarla entre las de cabecera para consulta. Puede decirse con seguridad que es imprescindible contar con ella. Resta solo esperar la culminación de su plan.