

# Implicaciones del Desarrollo Sostenible para la Ciencia del Derecho Administrativo

(Implications of Sustainable Development for the Science of Administrative Law)

Santamaría Arinas, René J.

Universidad Pública de Navarra. Dpto. Derecho Público.

Edif. Dep. de las Encinas. Campus Arrosadía, s/n. 31006 Pamplona-Iruña

---

*El concepto universal de desarrollo sostenible plantea, entre otras cosas, exigencias de renovación científica que afectan también a las Ciencias jurídicas y más precisamente a la Ciencia del Derecho Administrativo. En línea con ello, se exponen aquí los presupuestos metodológicos y las líneas de desarrollo de un Proyecto de Investigación que versa sobre el impulso ambiental en las transformaciones del Derecho administrativo.*

*Palabras Clave: Desarrollo sostenible. Ramas y Ciencias jurídicas. Transformaciones del Derecho Administrativo. Relaciones con el Derecho Ambiental. Estado Social, Administración Pública y Liberalización. Impulso político, económico y ecológico.*

*Garapen iraunkorra kontzeptu unibertsalak, besteak beste, berrikuntza zientifikoak eskatzen ditu, eta horiek Zientzia Juridikoetan ere izango dute eragina, eta preseskiago Administrazio Zuzenbidearen Zientzian. Ildo horretatik, ingurumenak Administrazio Zuzenbidearen aldaketetan izan dezakeen eraginari buruzko Ikerketa Proiektu baten gara lerroak erakusten dira hemen.*

*Giltza-Hitzak: Garapen iraunkorra. Adar eta Zientzia juridikoak. Administrazio Zuzenbidaren aldaketak. Ingurumen Zuzenbidearekiko erlazioak. Estatu Soziala, Administrazio Publikoa eta Liberalizazioa. Sustapen politikoa, ekonomikoa eta ekologikoa.*

*Le concept universel de développement durable établit, entre autres choses, des exigences de rénovation scientifique qui affectent également les Sciences juridiques et spécialement la Science du Droit Administratif. Sur la même ligne, on expose ici les devis méthodologiques et les lignes de développement d'un Projet de Recherche qui traite de l'élan environnemental dans les transformations du Droit administratif.*

*Mots Clés: Développement durable. Branches et Sciences juridiques. Transformations du Droit Administratif. Liens avec le Droit Environnemental. Etat Social, Administration Publique et Libéralisation. Elan politique, économique et écologique.*

## 1. ANTECEDENTES

Esta Comunicación toma como punto de partida dos de las tres acepciones más extendidas de la noción de Derecho administrativo; es decir, el Derecho Administrativo como rama del ordenamiento jurídico, el Derecho Administrativo como ciencia jurídica y el Derecho administrativo como disciplina académica<sup>1</sup>.

La configuración del Derecho Administrativo como rama jurídica requiere unas consideraciones previas que pretenden simplemente recordar la unidad del Ordenamiento Jurídico en su conjunto<sup>2</sup>. Son consideraciones, en principio, válidas para cualquier rama del Derecho y versan sobre fenómenos económicos, como la globalización<sup>3</sup>, culturales, como el pensamiento postmodernista<sup>4</sup> y sociales como la autorregulación<sup>5</sup>. Más precisamente, se trata, en realidad, de calibrar la influencia que estos fenómenos están ejerciendo sobre el Derecho en general y sobre su clásica partición en Público y Privado en particular. En ese contexto, y para apreciar mejor las singularidades del Derecho administrativo resulta indispensable adoptar un enfoque historicista que presta atención a la polémica sobre su origen, a su evolución durante los siglos XIX y XX y a su supuesta crisis, donde se avistan las tendencias de futuro actualmente más marcadas<sup>6</sup>.

La polémica sobre el origen del Derecho Administrativo muestra la utilidad del método histórico y enseña a distinguir, hasta donde sea posible, los planos sociológico y jurídico en la indagación histórica acerca del Estado, de la Administración y del Derecho administrativo<sup>7</sup>. En línea con ello, la evolución histórica describe el tránsito desde el Estado de Derecho hacia el Estado Social y ayuda a comprender los cambios que fue experimentando la Administración liberal para convertirse en Administración prestacional<sup>8</sup>. Pero a las privatizaciones<sup>9</sup>, al control de la discrecionalidad<sup>10</sup> y a otras cuestiones jurídicas que provienen de aquella época, han

1. Hasta seis acepciones descubre O. MIR PUIGPELAT, "El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional", *RAP*, 162, 2003, pp. 55-57.

2. S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963; traducción española con estudio preliminar de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER.

3. En general, E. BODELÓN y T. PICANTO, (coords.), *Transformaciones del Estado y del Derecho contemporáneos. Nuevas perspectivas de la investigación socio-jurídica*, Dykinson, Madrid, 1998; J.R. CAPELLA HERNÁNDEZ, (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización, Estudios de Derecho judicial*, CJPJ, núm. 16, 1999; J.E. FARIA, *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001; S. CASSESE, "El espacio jurídico global", *RAP*, 157 (2002); F.J. CABALLERO HARRIET, "Globalización, Estado y Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 2000, p. 13 y ss. Específicamente, J.C. ALLI ARANGUREN, *Derecho administrativo y globalización*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004; O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004 y J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, "Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo; presupuestos de una relación", *RAP*, 164 (2004), pp. 7 y ss. También desde esta perspectiva, J.B. AUBY, "Globalización y descentralización", *RAP*, 156 (2001). Enlazando con nuestra realidad más cercana, I. NABASKUES, *Globalización y nueva política local*, IVAP, Oñati, 2003, con Prólogo de J.M. CASTELLS.

4. F.J. CABALLERO HARRIET, *Apuntes para la sociedad, el Derecho y el Estado de la posmodernidad*, San Sebastián, 1997 y C. MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, *Postmodernidad y Derecho público*, CEPC, Madrid, 2002.

5. J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

6. Por todos, A. NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid, IEA, 1986 y *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barce...

...

lona, 1996. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973. C. CHINCHILLA MARÍN, "Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo", en su libro con B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo (Tres estudios)*, Madrid, 1992, pp. 21 y ss.; J.R. FERNANDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998. E. DESDENTADO DAROCA, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

7. Véase M.S. GIANNINI, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1980 y *El poder público. Estados y Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991.

8. M. GARCIA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª edic, Madrid, 1985. L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge"", *RAP*, nº 38, (1962), p. 35 y ss. J.M. CASTELLS ARTECHE, "Notas sobre la crisis de la Administración prestacional", *RVAP*, nº 9; luego recogido en su libro *Cuestiones finiseculares de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991, p. 149 y ss. Más recientemente, M. VAQUER CABALLERÍA, *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de derecho", recogido en sus *Fragmento de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 215. En el Libro de su Homenaje se recogen, precisamente, nuevas aportaciones a este debate de DÍEZ PICAZO, MARTÍN REBOLLO, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, etc.

9. Para una clarificación de conceptos, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Reflexiones sobre las privatizaciones", *RAP*, nº 144, (1997), p. 7 y ss. Por todos, J.E. SORIANO GARCIA, *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993 y RIVERO ORTEGA, *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998. Una completa visión panorámica de estos problemas se ofrece en AA.VV. *Administración institucional*, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Civitas, Madrid, 1994.

10. De hecho, esta cuestión ha animado, como es sabido, uno de los debates doctrinales más apasionados de los últimos tiempos. En él han participado, entre otros muchos, T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, 1991; L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991 y *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; M. SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Madrid, 1991 y *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994 y M. BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

venido a sumarse últimamente nuevos problemas y nuevas tendencias<sup>11</sup> para cuya identificación puede operarse como sigue.

Primero, revisando las tesis sobre la crisis del Estado social y las características del nuevo modelo de Estado que habría venido a sustituirlo. En este punto, y aunque la solidaridad también podría considerarse como un valor ya globalizado tanto en Derecho Comunitario como Internacional<sup>12</sup>, parece recomendable, en todo caso, no caer en el “globalismo”, que sería la ideología de la globalización. En consecuencia, se asumen las explicaciones más realistas sobre el nuevo marco en que se desenvuelven las funciones sociales y económicas del Estado como son las ofrecidas por MUÑOZ MACHADO cuando sostiene que resulta exagerado decir que el Estado gestor haya sido sustituido por el Estado regulador<sup>13</sup>.

Después, recopilando las principales propuestas de reforma de la Administración para lo cual podrían tomarse como hilo conductor las interesantes aportaciones reunidas por el Grupo de Expertos dirigido por SAINZ MORENO<sup>14</sup>. Son propuestas que, por una parte, afrontan problemas organizativos –que atañen a la tipología, estructura y a las relaciones entre los diversos tipos de Administraciones que tenemos<sup>15</sup>– y, por otra, problemas funcionales que afectan también al régimen del

empleo público<sup>16</sup> y a la denominada Administración electrónica<sup>17</sup>.

Pues bien; con este Estado y con esta Administración, creo que los retos pendientes del Derecho Administrativo tienen que ver, fundamentalmente, con la racionalización del sistema de fuentes y, ya en otro plano, con su efectiva aplicación. En cuanto a lo primero, destacan los requerimientos derivados de la interconexión de ordenamientos jurídicos diferentes<sup>18</sup>, de la primacía del Derecho Comunitario<sup>19</sup> y del Principio de seguridad jurídica que, ya a escala interna, obliga a preocuparse no sólo por la cantidad<sup>20</sup> sino también por la calidad de las normas<sup>21</sup> y muy en particular de los reglamentos, donde la doctrina no sólo reclama mejoras de técnica legiferante<sup>22</sup> sino incluso una cierta autocontención

11. Véanse las colaboraciones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Una reflexión sobre los problemas actuales del Derecho Administrativo” y de F. VILLAR PALASÍ, “La prospectiva del Derecho Administrativo” en el libro *XI Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 600 y pp. 609, respectivamente. Puede verse también J. JORDANO FRAGA, “Tendencias de evolución del Derecho administrativo y alguna propuesta iconoclasta”, en el *Libro Homenaje a Martín Mateo*, Valencia, 2000, Vol. I., pp. 173 y ss y L. PAREJO ALFONSO, “El Estado como poder y el Derecho regulador de su actuación, hoy; algunas de las transformaciones en curso”, en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ e I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, INAP-BOE, Madrid, 2002, pp. 1051 y ss.

12. Censurando “la brutal caída en desuso de la idea de solidaridad para explicar algunas de las relaciones que se producen en el interior de las organizaciones políticas y, en concreto, para ponerla en relación al Derecho público” así como profundizando en el concepto y en alguna de sus manifestaciones, G. REAL FERRER, “La solidaridad en el Derecho administrativo”, *RAP*, 161 (2003), p. 137. Al “imperativo de la solidaridad” se refiere, al analizar la “economía ambiental”, R. MARTÍN MATEO, *El marco público de la economía de Mercado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2003, pp. 398 y ss. Véase también sobre estas cuestiones D. LOPERENA ROTA, *Desarrollo sostenible y globalización*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

13. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

14. F. SAINZ MORENO, (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

15. Véanse también los estudios recogidos por M. BASOLS COMA, (coord.), *La Administración Pública de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 2004.

16. Son reformas ya impulsadas por la OCDE, *La Administración al servicio del público*, Madrid, 1991. En España, M.J. MONTORO CHINER, “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *RAP*, 136, (1995) y, más recientemente, C. ROMÁN RIECHMANN, M. SÁNCHEZ MORÓN y F.J. VELÁZQUEZ LÓPEZ, “Líneas de reforma del empleo público”, en F. SAINZ MORENO, (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 479-516.

17. Desde una perspectiva jurídica, J. BARNÉS VÁZQUEZ, “Una reflexión introductoria sobre el Derecho administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento”, *RAAP*, 40, 2000; I. AGIRREAZKUENAGA y C. CHINCHILLA, “El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *REDA*, 109 (2001); F.J. BAUZÁ MARTORELL, *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002 y J.F. MESTRE DELGADO, “La subasta electrónica: consideraciones sobre el empleo de medios telemáticos en la contratación pública”, *RGDA* 2 (2003).

18. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004.

19. La DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, ha establecido que “la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el artículo 1-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución”. “Primacía y supremacía”, ha dicho el Tribunal Constitucional, son categorías que se desenvuelven en órdenes diferentes”. La supremacía, que se referiría a “los procedimientos de normación”, puede englobar a la primacía –que se referiría a la “aplicación de normas válidas”–. Así, la supremacía de la Constitución quedaría salvaguardada en la medida en que, por ir la primacía del Derecho comunitario referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión, se retiene por el Estado la facultad soberana de recuperar las competencias cedidas en cualquier momento.

20. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

21. Desde esa perspectiva, M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid, 1997. T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998. L. MARTÍN-RETORTILLO, “La calidad de la ley según la jurisprudencia del TEDH”, *Derecho privado y Constitución*, 17 (2003), 377 y ss.

22. En general, sobre estas cuestiones, L.M. CAZORLA PRIETO, *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, Aranzadi, Pamplona, 1999. M.J. MONTORO CHINER, *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001. J. PONCE SOLÉ, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones”, *RAP*, 161 (2003), pp. 89 y ss. G. DOMÉNECH PASCUAL, “Los experimentos jurídicos”, *RAP*, 164 (2004), pp. 145 y ss.

de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria<sup>23</sup>. En cuanto a la aplicación de las normas administrativas, hay que señalar las tendencias hacia la ampliación de los parámetros de control de la actividad administrativa. Simplificando al máximo, aquí se quiere indicar que es necesario seguir perfeccionando el sistema de garantías jurídicas que representan el procedimiento, el sistema de recursos y la Jurisdicción contencioso-administrativa pero que con eso no basta. Porque, con ser importante, o mejor aún, indispensable, la legalidad no es ya el único ingrediente de la racionalidad y de la eficiencia que los ciudadanos tienen derecho a exigir de muchas decisiones de la Administración. Obviamente, este enfoque revaloriza todo tipo de controles internos preventivos y no sólo los estrictamente jurídicos sino también los de carácter económico, financiero, político, social o, desde luego, y por lo que aquí más importa, ambiental.

Soy consciente de que las consideraciones sobre el origen, la evolución y las tendencias actuales del Derecho Administrativo como rama del ordenamiento jurídico podrían alargarse indefinidamente pero creo que con lo dicho basta para los propósitos de esta exposición. De lo que se trata es de retener que éste es el sustento de las tareas científica y académica. Vamos ya, por tanto, a situarnos en el plano del Derecho Administrativo como Ciencia teniendo muy presente que no opera sobre una base inmutable, sino sobre un objeto particularmente expuesto a los cambios adquiriendo pleno sentido la idea de permanente transformación<sup>24</sup>.

## 2. EL IMPULSO AMBIENTAL EN LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Aún sin desconocer las dificultades epistemológicas que entraña esta caracterización, cabe un discurso relativamente autónomo sobre el Derecho Administrativo como Ciencia. A efectos prácticos, esta constatación sirve para señalar los presupuestos metodológicos, centrar el objeto y anunciar las principales líneas de desarrollo de esta reflexión que pretende versar sobre el impulso ambiental en las transformaciones del Derecho Administrativo.

La idea de fondo radica en la observación de que, históricamente, las transformaciones del Derecho administrativo nunca han respondido a un mismo y único impulso. El repaso histórico realizado me induce a pensar que en el siglo XIX las

transformaciones respondieron principalmente a un impulso *político*: la tensión entre orden y libertad se supera con actitudes de lucha contra las inmunidades del poder<sup>25</sup>. En el siglo XX en las transformaciones influye además decisivamente un impulso *económico*: la tensión que entonces se plantea entre libertad individual e intereses colectivos se salda con una aparente contradicción puesto que la publicación económica es simultánea a una intensa privatización jurídica<sup>26</sup>. Ya en el siglo XXI, ambos impulsos mantendrán su influencia pero confío en que la resultante venga modulada por el impulso *ecológico* que sitúe en el Derecho Administrativo la lucha contra las inmunidades del poder económico sea quien fuere quien lo detente.

### 2.1. Presupuestos metodológicos

Naturalmente, el tratamiento científico de esta hipótesis requiere adoptar unos determinados presupuestos metodológicos. A este respecto, y sin necesidad de reproducir aquí las incesantes polémicas sobre el método jurídico, comenzaré resaltando la importancia de adoptar, en lo posible, enfoques interdisciplinarios. Este tipo de exigencias estaría mejor atendido mediante trabajo en equipo, con colegas de otras Áreas de conocimiento jurídico e incluso de otras disciplinas científicas. Soy consciente de las dificultades prácticas que esto implica pero creo que debemos esforzarnos en ello si no queremos caer en “el autismo de los juristas” al que se ha referido oportunamente ESTEVE PARDO<sup>27</sup>.

En segundo lugar, hay que dejar también constancia de las disputas sobre el concepto de Derecho administrativo. Al respecto me limitaré a indicar que las sistematizaciones más modernas no se conforman con distinguir, como venía siendo habitual, entre concepciones objetivas y subjetivas sino que se abren distinguiendo entre concepciones monistas y concepciones mixtas<sup>28</sup>. Y, tras

23. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “La Administración como poder regulador”, en F. SAINZ MORENO, (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 375-345.

24. Así ya en L. DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho: Público y Privado*, (trad. esp.) Heliasta, Buenos Aires, 1975. La apelación, más que un tópico, es una verdadera constante en todas las épocas, como puede apreciarse, por ejemplo, en F. GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo*, IEP, Madrid, 1954, págs. 23 y ss. o, últimamente, en S. CASSESE, “Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo”, *Documentación administrativa*, nº 250-251, (1998), p. 215 y ss.

25. Pueden verse al respecto numerosos trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA que se recogen en *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995 (3ª ed. ampliada, 1997).

26. En esa misma línea, J. ESTEVE PARDO (*Autorregulación...*, p. 23-24) ha señalado también que “es ya historia la sujeción a normas jurídicas de los poderes públicos lo que, como es notorio, constituye el objetivo y la razón de ser del Estado de Derecho en el que estamos instalados. La paradoja está hoy en el problema que a ese Estado de Derecho se le plantea: no se trata ya del sometimiento a Derecho del propio Estado, sino del sometimiento a Derecho de la sociedad o de algunos formidables poderes que en ella se han formado”.

27. J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, pp. 34 y ss.

28. Son las concepciones mixtas las que dominan por ejemplo en Francia. P. WEIL, *Derecho Administrativo*, “Nota Preliminar” a la traducción española de Lorenzo MARTIN RETORTILLO, Civitas, Madrid, 1986, p. 120. Con alusiones también a las posiciones sincréticas o mixtas predominantes en Italia y Alemania, L. PAREJO ALFONSO, *El concepto de Derecho Administrativo*, Caracas, 1984, pp. 127-134. Véase, no obstante, M. REBOLLO PUIG, “Derecho de la Administración pública y Derecho administrativo”, *Rivista Italiana de Diritto Pubblico Comunitario*, 2 (2000).

reparar las principales críticas a las que ha sido sometida, las sistematizaciones más convincentes se cierran asumiendo la teoría estatutaria de GARCÍA DE ENTERRÍA como criterio central pero no único, pues admite matizaciones funcionales –vinculadas al “giro o tráfico administrativo”– y formales –prerrogativas en más y en menos<sup>29</sup>–. Hay aquí un sincretismo, a veces no muy bien visto, pero que estimo justificado en el hecho de que tanto el método como el concepto del Derecho administrativo se han flexibilizado para ganar capacidad de transformación.

Además de lo anterior, hay un tercer presupuesto metodológico que adquiere especial relevancia como luego se podrá comprobar. Nace de la comprensión del Derecho administrativo como un “sistema<sup>30</sup>” y es la Teoría de las relaciones entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho administrativo que tomo del Profesor alemán SCHMIDT-ASSMAN gracias a la oportuna traducción española presentada por BARNÉS VÁZQUEZ<sup>31</sup>.

Desde estas premisas metodológicas, conceptuales y, si se quiere, estructurales, sostengo que la preocupación por el medio ambiente está siendo un componente cada vez más importante en las transformaciones del Derecho Administrativo. Pero, al mismo tiempo y en sentido inverso, defendiendo también que la Parte General del Derecho administrativo puede contribuir decisivamente a que el Derecho Ambiental alcance su madurez.

## 2.2. Liberalización y protección del medio ambiente

Esta hipótesis cuenta con apoyos que ya han dejado de ser meramente ideológicos. Ciertamente, se sustenta en la noción de Desarrollo sostenible que, como ha observado LOPERENA ROTA, del plano ideológico del que nace y no sin una previa depuración que lo convierta en un concepto útil, puede decirse que se ha instalado entre los Principios Generales del Derecho a escala universal<sup>32</sup>. Está recogido al más alto nivel normativo en el

TCEE y, si culmina el proceso de ratificaciones, seguirá estándolo –con expresa alusión a la solidaridad intergeneracional– en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

De esta recepción resulta un cúmulo de principios bien conocidos como los de sostenibilidad o globalidad –que aboga por el uso racional de todos los recursos naturales–, integración u horizontalidad –que exige la incorporación de la variable ambiental en todas las demás políticas– y prevención y precaución –que fuerzan a abordar las causas de los problemas, incluso de los científicamente no comprobados<sup>33</sup>. A su vez, estos principios plantean exigencias en muy diversos frentes. También, por supuesto, para el Derecho. Podría hablarse así de la necesidad de una ecologización de todo el Derecho, incluyendo al Derecho Privado y, desde luego, al Derecho Público<sup>34</sup>.

Pues bien; en Derecho administrativo estas tendencias ya se están manifestando y son especialmente perceptibles cuando le permiten ir contracorriente. Es cierto que, frente a las tradicionales “Soluciones de Estado” han ido apareciendo “Soluciones de Mercado” aplicadas a la protección del ambiente como los sistemas comunitarios de ecoauditoría o de eco-etiqueta<sup>35</sup> o el comercio de derechos de emisión. Pero, cuando contemplamos el campo de los servicios públicos, observamos que la protección del medio ambiente justifica restricciones a la libre competencia<sup>36</sup>. Cuando contemplamos la actividad de fomento, observamos que la

29. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 2004, p. 44.

30. El principal valedor del enfoque sistémico aplicado a esta rama del Derecho es, como se sabe, F. GONZÁLEZ NAVARRRO. Últimamente, puede verse también R. DRÓMI, “El tránsito al Derecho Público de la Posmodernidad”, Estudio preliminar al libro de L. PAREJO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Buenos Aires, 2003, en especial, pp. 54 y ss.

31. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, (traducción española editada por Antonio López Pina), Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 2003. Con anterioridad, en este línea, W. HOFFMANN-RITEM, “La reforma del Derecho administrativo (Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental)”, *DA* 234 (1993), pp. 19 y ss.

32. D. LOPERENA ROTA, *Desarrollo sostenible y globalización*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003. Dentro de la amplia bibliografía suscitada al respecto, véase también J.L. PIÑAR MAÑAS, (dir.), *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002.

33. D. LOPERENA ROTA, *Los principios del Derecho ambiental*, Civitas, Madrid, 1998.

34. P. MADDALENA, “Las transformaciones del Derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales”, *Revista del Derecho industrial*, Depalma, Buenos Aires, nº 41, (1992), p. 345 y ss. E. ARGULLOL MURGADAS, (dir.), *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales. Un reto para la protección efectiva del medio natural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

35. Este planteamiento, desde la Filosofía del Derecho, en J.L. SERRANO MORENO, *Ecología y Derecho. Principios de Derecho ambiental y Ecología jurídica*, Comares, Granada, 1992. En general, R. MARTÍN MATEO, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Trivium, Madrid, 1994. A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2000. R. AUDIVERT ARAU, *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, Cedecs, Barcelona, 1996.

36. Las claves del debate en L. MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, nº 100-102, (1983), p. 2471 y ss y G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado, crisis y reforma del sector público*, Madrid, 1993. Sobre su actualidad, entre otros, C. CHINCHILLA MARÍN, «Servicio público: ¿crisis o renovación?», *Cuadernos de Derecho judicial*, XXVIII, (1996), p. 61 y ss. y G. ARIÑO ORTIZ y otros, *El nuevo servicio público*, Madrid, 1997. J.M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998; T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Empresa pública y servicio público: el final de una época”, *REDA*, nº 84 (1996), p. 37 y ss; S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y Mercado*, 4 vols., Civitas, Madrid, 1997. E. MALARET GARCÍA, “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *RAP* (1998) y “Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presencia especificidades la esfera local?”, *REAL*, 291 (2003), etc.

protección del ambiente justifica todavía excepciones a la prohibición de ayudas de Estado<sup>37</sup>. Y cuando contemplamos la denostada actividad de policía, observamos que la protección del ambiente justifica no sólo la permanencia de la técnica autorizatoria sino incluso la aparición de nuevos y no menos incisivos controles preventivos<sup>38</sup>.

Desde este punto de vista, la protección del ambiente podría verse como dique de contención frente a las corrientes liberalizadoras que pudieran amenazar al Derecho administrativo. Sin embargo, aún siendo correcta, creo que ésta sería una visión parcial de un fenómeno mucho más complejo. El enfoque adecuado requiere situar correctamente las relaciones entre Derecho administrativo y Derecho ambiental<sup>39</sup>.

### 2.3. Interacciones entre Derecho administrativo y Derecho ambiental

Ciertamente, abundan las propuestas que conducen a un escenario de confrontación y de progresiva separación entre el Derecho administrativo y el Derecho ambiental<sup>40</sup>. Personalmente, ese escenario no me atrae porque, entre otras cosas, ninguna disciplina jurídica puede desvincularse de las exigencias del Desarrollo sostenible. Más bien soy

partidario de operar en un escenario de cooperación y de interacción mutua entre Derecho Administrativo y Derecho Ambiental.

Esto hace que en la aproximación que propugno deba haber un continuo proceso de ida y vuelta.

#### 2.3.1. El proceso de ida: perfeccionando las instituciones de Parte General

En el proceso de ida, la protección del ambiente invita a repensar categorías centrales de la Parte General del Derecho Administrativo. Así, por ejemplo:

- En materia de fuentes, y sin perjuicio de seguir reflexionando sobre los límites de la potestad reglamentaria, irrumpen nuevas figuras como las derivadas de la normalización técnica sin que, por otra parte, hayamos clarificado todavía la naturaleza jurídica de la planificación<sup>41</sup>.
- En materia de organización, en un contexto muy conflictivo<sup>42</sup>, no está claro que hayamos dado con el modelo de atribución de competencias más adecuado para hacer efectivo el principio de integración, ni tampoco que hayamos extraído todas las potencialidades de mecanismos de cooperación, como la encomienda de gestión que, según se ha sugerido, podría explicar muchas experiencias de ejercicio privado de funciones públicas<sup>43</sup>.
- En la teoría del administrado, habrá que seguir perfeccionando los derechos de información, participación y acceso a la Justicia, por imperativo del Convenio de Aarhus de 1998<sup>44</sup> y de las Directivas 2003/4 y 2003/35<sup>45</sup>; pero también habrá que atender la reivindicación que pretende configurar el derecho al ambiente como un derecho fundamental<sup>46</sup>.

37. Desde un primer momento, el recurso a las ayudas estatales se consideraba una etapa transitoria, destinada a facilitar la introducción progresiva del Principio contaminador-pagador. Así, se estima que pueden autorizarse ayudas para que las empresas realicen las inversiones necesarias con el fin de cumplir sus obligaciones ambientales. Ahora bien; en tal situación de excepcionalidad, la Comisión establece unos requisitos para la autorización de dichas ayudas. Tales requisitos figuraron primero en una Comunicación de la Comisión de 6 de noviembre de 1974, luego modificada en 1980, en 1986 y en 1994. En la actualidad, es de aplicación la Comunicación 2001/C37/03, de 12 de julio, de directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente. Enlazando con el tema, M.T. CANTÓ, *Ordenación ambiental de la agricultura. (Ayudas ecocondicionadas y técnicas de mercado)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

38. Esa perspectiva, por ejemplo, en D.J. VERA JURADO, *La disciplina ambiental de las actividades industriales. Autorizaciones y sanciones administrativas en materia de medio ambiente*, Tecnos, Madrid, 1994. M. CALVO CHARRO *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

39. Son los propios administrativistas quienes más esfuerzos vienen dedicando al Derecho ambiental como acredita, sin ir más lejos, la nómina de los principales tratados y manuales ya disponibles entre los que destacan R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Ambiental*, 1ª ed. en Trivium, Madrid, 1995; 3ª ed. en Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003; J. ESTEVE PARDO, (dir.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Civitas, Madrid, 1996; J.F. ALENZA GARCÍA, *Manual de Derecho Ambiental*, UPNa, Pamplona, 2001; I. LASAGABASTER, (dir.), *Derecho ambiental*, IVAP, Oñati, 2001; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Instituciones de Derecho ambiental*, La Ley, Madrid, 2001; B. LOZANO CUTANDA, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2000; L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Lecciones de Derecho del medio ambiente*, Lex Nova, Madrid, 3ª ed., 2002. Cabe añadir C. DE MIGUEL PERALES, *Derecho español del medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2003.

40. En este sentido, J.L. SERRANO MORENO, «Concepto, formación y autonomía del Derecho ambiental», *Cuadernos jurídicos*, nº 41, p. 22 y ss.

41. F. DELGADO PIQUERAS, “El régimen jurídico básico de la planificación ambiental”, *RADA*, 4 (2003), pp. 35-50.

42. Sólo en lo que llevamos de año se han dictado las SSTC 33/2005, de 17 de febrero (eco-auditorías), 35/2005 y 36/2005, de 17 de febrero (espacios naturales protegidos), 81/2005, de 6 de abril (idem) 100/2005 y 101/2005, de 20 de abril (idem).

43. J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, pp. 173 y ss.

44. Que ya es de aplicación en España, tras la publicación del Instrumento de Ratificación, de 15 de diciembre de 2004, en el BOE de 16 de febrero de 2005.

45. Al respecto, J. OCHOA MONZÓ, “La participación ciudadana y el marco de la prevención y el control integrados de la contaminación” y J.M. CASTELLÁ ANDREU, “La participación ciudadana en la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación”, ambos en J. BAUCCELLS i LLADÓS y J. VERNET i LLOBET, (coords.), *La prevención y el control integrados de la contaminación*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 193-220 y 221-247, respectivamente.

46. D. LOPERENA ROTA, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1996.

- En la regulación del procedimiento administrativo hay aspectos concretos, como el silencio administrativo, que están siendo cuestionados desde el Derecho ambiental comunitario<sup>47</sup>. Pero además, el mandato legal de simplificación procedimental tendrá que equilibrarse puesto que, si bien parece factible reducir el número de procedimientos a través de una verdadera integración en la estela marcada por la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación<sup>48</sup>, tal vez tenga que ser a costa de una mayor complejidad interna que permita atender los requerimientos de las nuevas relaciones multilaterales y de formas alternativas de resolución de conflictos<sup>49</sup>.
- En la teoría del acto administrativo, la diferenciación dogmática siempre discutida entre autorización y concesión se complica ante la aparición de nuevas figuras como la comunicación de actividades privadas a la Administración<sup>50</sup>. Con todo, reclama más atención que nunca la eficacia en el tiempo de los actos administrativos<sup>51</sup> sin olvidar los retos eternamente pendientes del Derecho admi-

nistrativo sancionador y, más concretamente, del régimen jurídico de las facultades de inspección<sup>52</sup>.

- En la contratación administrativa, al margen de las novedades que puedan derivar de nuevas figuras como los acuerdos voluntarios<sup>53</sup>, existen ya experiencias que integran la variable ambiental como mérito en la valoración de los concursos de adjudicación pero también se apunta, con toda lógica, hacia la consideración de la honorabilidad ambiental de los contratistas como requisito de acceso a los procedimientos de selección<sup>54</sup>.
- En materia de garantías patrimoniales, son muy numerosas, complejas y discutidas las cuestiones que exigirá afrontar la transposición al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 2004/35, de responsabilidad medioambiental<sup>55</sup>.
- Habrá que atender, en fin, al juego de esta misma dinámica en los ámbitos del empleo público o de las propiedades públicas por más que, en ambos casos, sus normas de cabecera silencien cualquier posible implicación ambiental, lo cual, por cierto, defrauda especialmente en el caso de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas.

47. En general, A. GARCÍA URETA, *Procedimiento administrativo y Derecho Comunitario. Silencio administrativo, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992*, IVAP, Oñati, 2002, pp. 40 y ss. J.J. DÍEZ SÁNCHEZ, “El silencio administrativo en la Ley de prevención y control integrados de la contaminación”, en VVAA, *Estudios sobre la Ley de prevención y control integrados de la contaminación*, Monografía nº 3 de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

48. Además de otros ya citados, F.B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO y A. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *La autorización ambiental integrada: Estudio sistemático de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación*, Civitas, Madrid, 2002. M. BASSOLS COMA, “Régimen jurídico de la impugnación de los informes vinculantes en el procedimiento de las autorizaciones ambientales integradas”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 200, (2003), págs. 13-40. I. REVUELTA PÉREZ, *El control integrado de la contaminación en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2003. A. GARCÍA URETA, (ed.), *Régimen de prevención y control integrados de la contaminación*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2004.

49. Por ejemplo, los que ponen de relieve, precisamente, ambientalistas reconocidos como J. ROSA MORENO, *El arbitraje administrativo*, McGraw Hill, Madrid, 1997 y D. LOPERENA ROTA, *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, IVAP, Oñati, 2000. Específicamente, en esa línea, X. EZEIZABARRENA SÁENZ, “La terminación convencional del procedimiento de evaluación de impacto ambiental”, *RAP*, 160 (2003), pp. 251-282, como anticipo de lo que constituyó su Tesis Doctoral *El principio constitucional de participación ante la evaluación de impacto ambiental de las grandes infraestructuras*, defendido en la Facultad de Derecho de San Sebastián en febrero de 2005.

50. En general sobre esta cuestión, M.C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001. Específicamente en nuestro campo, M. RODRÍGUEZ FONT, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003.

51. Como en su día apuntara T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, IEA, Madrid, 1973.

52. Téngase en cuenta la Recomendación 2001/331/CE del Parlamento y del Consejo, de 4 de abril, sobre criterios mínimos de las inspecciones ambientales en los Estados miembros, a la que alude J. BLASCO DÍAZ, “El control y la inspección de la actividad industrial”, en J. BAUCCELLS i LLADÓS y J. VERNET i LLOBET, (coords.), *La prevención y el control integrados de la contaminación*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 165-189. Con anterioridad, I. REVUELTA PÉREZ, “Las nuevas tendencias en la inspección ambiental de las actividades industriales”, *RDU*, 185, 2001.

53. Afirmando la “viabilidad de los convenios ambientales como fuente del Derecho ambiental”, A.J. SÁNCHEZ SÁEZ, “Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente”, *RAP*, 163 (2004), pp. 279-310 y *Los convenios administrativos para la protección ambiental*, IAAP, Sevilla, 2004.

54. Sobre éstas y otras orientaciones a debate en el ámbito comunitario, M. RAZQUIN LIZARRAGA, “La participación de las Comunidades Autónomas en la elaboración del Derecho Comunitario sobre la contratación pública y su ejecución dentro del Estado español”, *RAAP*, 36 (1999), pp. 56-57. Específicamente, J.F. MESTRE DELGADO, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *REAL*, 291 (2003), pp. 722-730 y B. LOZANO CUTANDA, *Derecho...*, pp. 374-378.

55. Sirvan, a modo de inventario, los siguientes títulos: J. JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho Público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000; “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege data* y contra *lege ferenda*”, *REDA*, 107 (2000), pp. 362 y ss. y “Administración y responsabilidad por daños al medio ambiente: la construcción del régimen jurídico de los daños ambientales”, en *La protección jurisdiccional del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial, XII, 2001, págs. 305 y ss. M.R. ALONSO IBÁÑEZ, *Suelos contaminados. Prevención y recuperación ambiental*, Civitas, Madrid, 2002. S. GONZÁLEZ-VARAS, *La reparación de daños causados a la Administración*, Cedecs, Barcelona, 1998. Últimamente, J. CONDE ANTEQUERA, *El deber jurídico de restauración ambiental*, Comares, Granada, 2004.

### 2.3.2. El proceso de vuelta: la necesidad de justificar singularidades sectoriales

En suma, en el proceso de ida, se aportan elementos para una continua reelaboración de la Parte General del Derecho administrativo. Pero, en el proceso de vuelta, dicha reelaboración puede mejorar, a su vez, las soluciones sectoriales ensayadas por la legislación ambiental<sup>56</sup>. En esta fase, habrá que ver si las singularidades que ofrezca la legislación especial están justificadas porque responden a necesidades específicas del sector en el que pretenden operar o si, por el contrario, resultan simplemente del mero capricho cuando no de la ignorancia, como acaba de sugerir SANTAMARÍA PASTOR<sup>57</sup>.

Este contraste me parece especialmente útil en un sector ordinamental tan voluminoso y complejo, tan ramificado y disperso, cada vez más necesitado de coherencia, racionalización y simplificación<sup>58</sup>. Al final, lo que está en juego son las viejas preocupaciones y esfuerzos en pos de una cierta codificación de la legislación ambiental y de cuantas condiciones puedan contribuir, también desde la Ciencia Jurídica, a facilitar su efectiva aplicación, superando el desuso en su día denunciado por mi buen amigo Jesús JORDANO FRAGA, a quien debo agradecer, entre otras muchas cosas, la inspiración última de las reflexiones que quedan aquí expuestas<sup>59</sup>.

---

56. Así, por ejemplo, se ha dicho que “para el futuro del Derecho Ambiental es decisivo, en mi opinión, dada la índole de los problemas que éste tiene que afrontar y el modo en que éstos suelen plantearse, afinar al máximo las técnicas jurídicas generales y, en particular, las que conciernen al control de las potestades discrecionales”; T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Grandeza y miseria del Derecho ambiental”, en Libro Homenaje al Profesor Martín Mateo, 2000, pp. 3423 y ss y recogido también en Estudios de Derecho ambiental y urbanístico, monografía número 2 de la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, 2001, p. 240.

57. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2004, Tomo I, p. 9.

---

58. Guiado, precisamente, por “la reducción de la complejidad” puede verse J. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

59. J. JORDANO FRAGA, *La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995.