

CAPÍTULO PRIMERO LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

A. LAS FUNCIONES DE LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

En la sistemática del Derecho Administrativo, la teoría de las fuentes del Derecho cumple la función de exponer y clasificar las *normas jurídicas* que dirigen al Ejecutivo, y de mostrar el sistema de relaciones que se establece entre ellas²⁸⁰. Aquí se ubica la base dogmática del sometimiento de la Administración al Derecho²⁸¹. Se trata de una temática relevante tanto desde el punto de vista constitucional como político, puesto que la fuerza vinculante comporta y significa influencia.

I. EL CONTENIDO POLÍTICO DE ESTA TEORÍA

La teoría de las fuentes del Derecho Administrativo ha dado lugar siempre a prolíficos debates²⁸². Aquí se ha de reflexionar entre otras cosas sobre participación y exclusión, sobre primacía y subordinación, sobre relaciones de fuerzas.

1. LA TRADICIONAL VISIÓN RESTRICTIVA

Nada resulta más ilustrativo de la visión clásica de las fuentes del Derecho que las palabras de Otto Mayer en este punto²⁸³. Seguimos, afirma, la clasificación habitual: ley, reglamento, estatuto autónomo, costumbre. Sin

[280] Los conceptos “disposición jurídica” y “norma jurídica” son empleados a partir de este momento como sinónimos. Ambos designan declaraciones jurídicas general-abstractas. Los conceptos como tales no precisan el alcance de su eficacia vinculante; la misma habrá de ser determinada para cada categoría de disposiciones jurídicas.

[281] *Vid.* las exposiciones de *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *Verwaltungsrecht I*, §§ 24 ff.; *Eblers*, in: *Erichsen/Ehlers*, *Verwaltungsrecht*, § 2; *Ossenbübl*, in: *HStR Bd. V*, § 100.

[282] Véase *Knauff*, *Regelungsverbund*, S. 136 f.

[283] *O. Mayer*, *Verwaltungsrecht Bd. 1*, S. 81. En el mismo sentido, *Fleiner*, *Verwaltungsrecht*, S. 83 ff.

embargo, matiza a continuación, las fuentes ordinarias del Estado constitucional son para nosotros –en el Derecho Administrativo– sólo la ley y las demás formas de producción normativa que de ella derivan. En qué medida, añade, otras formas de producción jurídica distintas de la ley que se correspondían con ciertas condiciones jurídicas del pasado puedan tener hoy un espacio en el sistema de fuentes, es algo que hay que investigar. Una tarea fundamental, concluye, será la de depurar ciertos fenómenos paralelos que podrían asimilarse a las normas administrativas²⁸⁴.

Aquí se adoptan, en unas pocas líneas, dos posiciones preliminares: que la ley se constituye en la fuente central del Derecho, de un lado, y, de otro, y como necesaria derivación, que a partir de la misma se construyen otras potestades normativas. Inmediatamente después se afirma una tercera idea esencial en la construcción de Mayer: la ley es fuente del Derecho Administrativo tan solo en la medida en que se refiere a la relación entre el poder público y sus súbditos en el ámbito de la Administración, y establece normas a este propósito²⁸⁵. Con ello, se deja fuera del objeto de interés del Derecho Administrativo una buena parte de la organización administrativa y del Derecho presupuestario²⁸⁶. Que esa concepción de las fuentes del Derecho era la propia del constitucionalismo tardío es algo que se ha repetido con frecuencia desde entonces. Pero, ¿realmente nos hemos sustraído a dicha concepción, como hoy resulta ya obligado hacerlo a la luz de las exigencias constitucionales tanto a nivel nacional²⁸⁷ como europeo?

[284] En este sentido, lo que *O. Mayer*, *Verwaltungsrecht* Bd. 1, S. 84 ff. afirma, es que los estatutos autónomos (ordenanzas), y el derecho consuetudinario, que, para la doctrina mayoritaria de su tiempo eran también fuentes del Derecho, sólo lo serán en la medida en que, tras un detallado análisis, se ajusten al concepto de fuentes establecido por él, siendo en otro caso “excluidos”.

[285] *O. Mayer*, ebd., S. 81 f.

[286] Y ello, como puede colegirse fácilmente, porque organización y presupuesto pertenecen a la esfera interna (N. del E.).

[287] Aunque el autor se refiere al ordenamiento alemán, parece claro que una tal afirmación resulta extrapolable a otros ordenamientos, a la luz de las respectivas Constituciones, en las que se trata la Administración sin esos distinguos que la vieja doctrina hacía (N. del E.).

2. UN ANÁLISIS CRÍTICO

Michael Ruffert ha sometido la teoría tradicional de las fuentes del Derecho Administrativo a un análisis crítico y ha subrayado tres puntos débiles²⁸⁸: la reducción de las fuentes a una perspectiva estatal interna, el olvido del papel activo de la Administración en los procedimientos de producción normativa y la escasa consideración de la producción normativa privada en el contexto jurídico-administrativo. La principal carencia reside a su juicio en la reducida atención prestada a las interacciones existentes entre las diferentes clases de normas. No es que falte reflexión teórica en el plano jurídico. El problema reside más bien en la estrecha visión que se tiene de la función política que subyace a las fuentes. La nueva concepción, promovida por Ruffert, propugna una mejor integración del conjunto normativo propio de la Unión Europea y del Derecho Internacional²⁸⁹. La misma pretende, además, superar la marginación del Derecho interno y de la producción normativa de origen privado²⁹⁰. Por último, la teoría de las fuentes del Derecho ha de ocuparse de las distintas formas en que interactúan las diversas capas y niveles ordinamentales²⁹¹.

No cabe duda de que la teoría de las fuentes del Derecho ha de conservar numerosos elementos de la dogmática tradicional²⁹². Pero debe hacerlo de manera que refleje la realidad. En ese sentido, ha de preguntarse, particularmente, sobre las fuerzas que subyacen a cada clase o tipo de normas. ¿A quién se le reconoce la capacidad de influir, y cómo se traslada y transmite ese influjo en las técnicas jurídicas al servicio del entrelazamiento y de la interrelación? ¿Cuáles son los impulsos directivos que se expresan en las normas que establecen los programas sustantivos que guían la acción de la Administración, en las normas procedimentales y en las normas organizati-

[288] *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 3 ff.

[289] *Ebd.*, Rn. 8 ff.; ulteriores desarrollos en Rn. 30 ff., 121 ff. y 149 ff.

[290] *Ebd.*, Rn. 15 ff.; ulteriores desarrollos en Rn. 67 ff. y 85 ff.

[291] *Ebd.*, Rn. 23 ff.; ulteriores desarrollos en Rn. 121 y 171 ff.

[292] *Vid. Schilling*, Rang und Geltung.

vas.^{293 294}. Como en ningún otro ámbito de la parte general del Derecho Administrativo, la teoría de las fuentes del Derecho se manifiesta hoy en día como un juego político de fuerzas a nivel nacional y supranacional, que se ha formulado en reglas jurídicas y, en consecuencia, ha quedado estabilizado.^{295 296}.

II. LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO COMO UN “ENTRAMADO POLICÉNTRICO”

Una de las ideas actuales más extendidas en relación con la teoría de las fuentes del Derecho consiste en el reconocimiento de su diversidad. “El Derecho no debe su creación a una sola fuente”²⁹⁷. Esa pluralidad de fuentes ya era advertida en los tiempos del Derecho Administrativo de Otto Mayer²⁹⁸, si bien es cierto que todas ellas se reconducían en última instancia a la ley, que ocupaba la posición central dentro del sistema, pudiéndose abordar mediante un conjunto de herramientas metodológicas uniformes. Cuando,

[293] Las normas que imponen a la Administración un programa, sobre todo en los casos de la denominada programación condicional (si..., entonces), representan una dirección directa y lineal-causal de la actuación administrativa. Las normas organizativas, por el contrario, suponen normalmente una dirección en función del contexto, esto es, una dirección indirecta a través de las estructuras de toma de decisiones. *Vid., infra*, Tercera Parte, A.II.1.

[294] Como se ha notado, el movimiento de reforma se pregunta ante cada cuestión, como enfoque relevante para la renovación dogmática, por la dirección, esto es, por los efectos directivos que pueden darse en cada situación (y ello al servicio de una mejor efectividad del Derecho Administrativo). Aquí, en este caso, y en primer lugar, se pregunta por la dirección que las fuentes ejercen sobre la Administración. Y en ese sentido indaga las distintas estrategias y enfoques que para la dirección de la Administración se siguen de las normas reguladoras de programas, de procedimientos administrativos y de las diversas estructuras organizativas (N. del E.).

[295] El mejor ejemplo es la polémica sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea, como se ha puesto de manifiesto claramente con la reciente Sentencia del TCF alemán de 5 de mayo de 2020, en el asunto del programa PSPP de compra de deuda pública de los países miembros (Sentencia en la que el TCF prohíbe al Banco Central Alemán participar en dicho programa a menos que el Banco Central Europeo justifique, en un plazo de tres meses, que el mismo se ajusta a las exigencias del principio de proporcionalidad y no constituye una extralimitación de las competencias atribuidas a la Unión Europea, en contra del criterio del TJUE, que ya había considerado conforme al Derecho de la Unión dicho programa, en una Sentencia de 11 de diciembre de 2018, recaída en el asunto C-493/17, *Heinrich Weiss y otros*, contestando precisamente una cuestión prejudicial del TCF).

[296] Gráficamente, *Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*.

[297] *Ossenbühl*, in: HStR Bd. V, § 100 Rn. 40.

[298] Recuérdese que este autor, considerado el fundador del Derecho Administrativo alemán, vivió entre 1846 y 1924 (N. del E.).

hoy en día, por contraste, se habla de esa diversidad, se hace referencia a una variedad de capas o niveles y de regímenes jurídicos, con sus respectivos fundamentos de legitimación, sin que la relación entre ellas deba ser necesariamente en clave jerárquica^{299 300}. El concepto de estructura o entramado “policéntrico” expresa este fenómeno de forma adecuada. Sin embargo, al mismo tiempo indica que la función ordenadora³⁰¹ que ha de cumplir una teoría de las fuentes del Derecho adaptada a esa diversidad se ha visto potenciada³⁰². Con todo, debe decirse algo también aquí, al menos en términos elementales, sobre las relaciones que cada una de las fuentes del Derecho guardan entre sí, si se quiere observar el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho.

1. LA PLURALIDAD DE TIPOS DE NORMAS, DE REGÍMENES Y DE NIVELES

La teoría de las fuentes del Derecho Administrativo ha de ser entendida desde una clave que permita *diferenciar los distintos niveles*:

– En su *núcleo* se ha producido una alteración, toda vez que, amén de las manifestaciones clásicas (ley, reglamento, ordenanza, estatutos de las corporaciones de Derecho Público, principios generales del Derecho, jurisprudencia, costumbre), se encuentran también en Alemania las denominadas disposiciones administrativas internas³⁰³, de cuya naturaleza de norma jurídica no cabe dudar hoy. Y, en ese sentido, o bien se consideran esas disposiciones administrativas como

[299] En la actualidad, por tanto, diversidad no significa sólo que sean varias las fuentes del Derecho Administrativo, sino algo más: se trata de una pluralidad de sistemas con complejas relaciones entre sí (N. del E.).

[300] Véase Knauff, *Regelungsverbund*, S. 138 ff., 160 ff. y 184 ff.; *vid. infra*, C.

[301] Las “funciones ordenadoras” –también “ideas-fuerza” o “hilos conductores”– a que aquí se alude son las que sirven para vertebrar la dogmática o doctrina de las fuentes del Derecho. La imagen de las fuentes como entramado policéntrico exige, en otras palabras, que la dogmática sea capaz de identificar esas líneas clave que den sentido y explicación, y comprensión integradora, en el marco del complejo ordenamiento jurídico vigente (N. del E.).

[302] Para comprender la importancia de un enfoque que atienda a la estructura “policéntrica” de las fuentes, debemos remitirnos a la exposición del papel que cumple el Derecho Internacional, que se hace en esta misma obra, *vid. infra*, B.II.

[303] Se trata de una clase de norma interna típicamente alemana. Las disposiciones administrativas internas constituyen una suerte de instrucciones o directivas internas que contienen mandatos generales y abstractos internos, de un órgano a sus subordinados o del jefe de un órgano a los empleados del mismo. Afectan tanto a aspectos organizativos, como a la actuación de la Administración en general en cuanto unifican criterios, y tienen su fundamento en el poder jerárquico (N. del E.).

integrantes de la teoría de las fuentes del Derecho, o bien –como parece más oportuno– como una modalidad de la producción normativa de la Administración –como lo son los reglamentos ministeriales o las ordenanzas locales–³⁰⁴. Se trata, en efecto, de ubicar *todas* esas modalidades de normas administrativas fuera de la teoría de las fuentes para situarlas –en la sistemática del Derecho Administrativo alemán– dentro de la teoría de los actos jurídicos, puesto que tales variedades de normas administrativas constituyen ante todo instrumentos de la acción en manos de la Administración^{305 306}. A partir de dicha opción sistemática cabe distinguir igualmente la “dirección externa” de la Administración, de su “dirección propia”, en la misma medida en que se encuentran separadas las fuerzas que las respaldan³⁰⁷.

– En cambio, han de incluirse dentro de la teoría de las fuentes las normas provenientes de otros *regímenes jurídicos*. Ello afecta sobre todo al Derecho Privado y a la producción de normas por los actores privados, y ello porque uno y otra pueden desempeñar un papel relevante en los diferentes contextos jurídico-administrativos, por ejemplo, como reglas técnicas a las que se remitan las normas.

– También han de incluirse en la teoría de las fuentes las normas del Derecho Administrativo supranacional, transnacional e internacional. La opción de la Ley Fundamental (LF) en pro de la integración europea y de una apertura favorable al

[304] Como se abunda más adelante, aquí se distingue entre fuentes del Derecho que sirven para dirigir a la Administración –tratados, Constitución, ley...– y aquellas otras que están en manos de la propia Administración –singularmente el reglamento–. Estas últimas normas administrativas no se incardinan en la teoría de las fuentes del Derecho (aunque lo sean), sino en la de los actos jurídicos. Sobre esta última, *vid. infra* capítulo segundo (N. del E.).

[305] *Vid. infra*, 2.B.

[306] La cuestión en la presente obra no es debatir si esas normas administrativas estarían mejor ubicadas en la teoría de las fuentes, o en el marco de la teoría de los actos jurídicos (reglamento, acto, contrato, etc.), ni las razones que abonarían una u otra opción. Dejando al margen el debate alemán, lo relevante para el lector en español es comprender en qué consiste el trabajo dogmático, cómo se hace dogmática jurídica, y no el resultado en que puede desembocar en un ordenamiento u otro (N. del E.).

[307] De algún modo, esta distinción –y consiguiente ubicación sistemática– evoca la ya conocida diferenciación entre fuentes *para* la Administración y fuentes *de* la Administración. Las primeras son externas –la ley, por ejemplo– y permiten dirigir *a* la Administración; las segundas, en cambio, se hallan en manos de la Administración –la norma administrativa– y serían en palabras del autor normas de “dirección propia”. Respecto de éstas postula con otros autores su ubicación en la teoría de los actos jurídicos, y no de las fuentes, lo que no significa que estas últimas carezcan de valor normativo.

En el fondo de esa distinción propuesta resulta decisivo el hecho de que el Derecho Internacional, el Derecho Europeo, la Constitución y las leyes tienen otro autor y por ello su fundamento legitimador es distinto del que tienen el Ejecutivo y la Administración (N. del E.).

Derecho Internacional³⁰⁸ impide que la teoría de las fuentes del Derecho Administrativo pueda pasar por alto aquellas normas que se generan más allá del Estado.

Por último, la teoría de las fuentes del Derecho Administrativo debe igualmente considerar aquellas determinaciones y declaraciones de poder público que con frecuencia se designan actualmente como *soft law* o Derecho blando. Manifestaciones de este tipo se encuentran en todos los niveles, tanto en el Derecho nacional como en el Derecho europeo e internacional³⁰⁹. En cierto modo, constituyen la contrapartida general-abstracta de la acción administrativa informal, y en algunos casos incluso se superponen a ella^{310 311}.

2. DIVERSIDAD DE CLASES DE REGULACIÓN Y DE MÉTODOS DE IMPLEMENTACIÓN

(a) La “diversidad de las fuentes del Derecho” exige asimismo una elaboración más depurada de los diferentes *principios reguladores*³¹², sean éstos

[308] Se alude implícitamente a los artículos 23 y 24 LF. El primero, introducido en 1992 con ocasión del crecimiento que supuso el Tratado (constitutivo) de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht, está explícitamente dedicado a la Unión Europea, mientras que el segundo se refiere a la transferencia de soberanía a otras organizaciones internacionales (por ejemplo, la OTAN), y sobre cuya base –similar al art. 93 CE– hasta entonces se había realizado la sucesiva transferencia de soberanía en la construcción europea (N. del E.).

[309] Sobre el particular, *in extenso*, *Knauff*, *Regelungsverbund*; véase igualmente *infra*, B.IV.

[310] Ejemplo: pronunciamientos de órganos de derecho internacional sobre la interpretación de una convención. Carecen de contenido normativo, y sólo tienen por objeto proporcionar información. Ello incluye, si se sigue con la sistemática anterior, también los pronunciamientos, programas y planes administrativos.

“Superposición” hace referencia aquí en cierto modo a los mismos fenómenos que se dan relación con la llamada “acción administrativa informal” y con ello se plantea cuál haya de ser su disciplina jurídica. En ambos contextos, por ejemplo, se exige que en esos pronunciamientos se observen también ciertas normas elementales, por ejemplo, una audiencia previa de los realmente afectados (N. del E.).

[311] *Knauff*, ebd., S. 240 f.; igualmente, *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *Verwaltungsrecht I*, § 57 Rn. 4.

[312] Podría decirse de otro modo que a la Administración se le dirige no sólo a través de normas materiales o sustantivas (provenientes de tratados, normas constitucionales, leyes...) que condicionan *directamente* su acción (al establecer órdenes, prohibiciones o tareas, por ejemplo), sino también, *indirectamente*, cuando esas fuentes deciden *cómo ha de decidir* la Administración (procedimiento) o *cómo ha de ser* esa Administración, quién la integra y cómo trabaja (organización). Esos principios, “postulados reguladores”, o, si se prefiere, esas “estrategias reguladoras” que puede seguir el legislador para dirigir la acción de la Administración, requieren –y ese es el mensaje del texto– un tratamiento o enfoque diferenciado en la teoría de las fuentes. Véanse las notas 306 y 307 (N. del E.).

de carácter material, procedimental u organizativo³¹³. El Derecho Administrativo alemán³¹⁴ se ha centrado tradicionalmente en el prototipo de la programación material de la Administración, de acuerdo con la cual la ley delinea y describe el contexto en el que ésta ha de decidir y resolver sobre base de conceptos sustantivos (tales como “peligro”, “alboroto”, “rendimientos de trabajo”), de modo análogo a como se regulan la injerencia en el marco de la actividad administrativa de policía, o el hecho imponible en el ámbito fiscal. Pero, por otro lado, y en contraste con esa tradición, son numerosos los sectores de la parte especial del Derecho Administrativo nacional, y sobre todo del Derecho europeo e internacional, que se componen de normas de naturaleza procedimental y organizativa³¹⁵. Así, por ejemplo, en esos sectores se puede disponer, en relación con una determinada función administrativa, la creación de un concreto órgano; definir su composición interna y su procedimiento decisorio, añadiendo algo en ocasiones sobre la relevancia que tiene el resultado al que haya llegado la Administración. Las implicaciones políticas de tales “componentes” (procedimentales y organizativos) son evidentes. Sin embargo, es obvio que de ordinario resulta difícil aprehender y medir en términos jurídicos esos elementos, habida cuenta de que estamos poco familiarizados para poder identificar los efectos de las técnicas normativas procedimentales y, menos aún, con las organizativas³¹⁶. A una teoría de las fuentes del Derecho que pretenda aportar respuestas a las cues-

[313] *Vid. Christoph Möllers*, *Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht*, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, S. 489 ff.

[314] No es ésta, obvio es decirlo, una situación privativa de la doctrina alemana, sino común a tantos otros sistemas. Modernamente, sin embargo, y en una intensidad variable en cada ordenamiento, se está produciendo una mayor apertura en la línea apuntada en el texto (N. del E.).

[315] En el texto se contraponen la legalidad sustantiva o material, cuyo objeto es anticiparse a la realidad y dirigir a la Administración mediante la clásica norma que establece el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica, de un lado, y la legalidad procedimental y organizativa, de otro. La primera se caracteriza por ser una programación de carácter condicional (si concurren tales circunstancias o supuestos, la consecuencia o efectos jurídicos serán los que correspondan), mientras que la segunda representa una “programación finalista” (se establecen los fines, y la norma deja un amplio margen de apreciación a la Administración, limitado y condicionado por normas de carácter procedimental, que determinan cómo decidir, y de carácter organizativo, que implican quién decide).

Naturalmente, aunque el autor lo refiera al ordenamiento alemán, estas consideraciones resultan trasladables a los demás (N. del E.).

[316] Así, los efectos indirectos de la dirección en función del contexto sólo se entienden si está familiarizado con los postulados de la sociología de la organización y se comprende cómo interactúan los distintos factores implicados (por ejemplo, el personal, la estructura de cada órgano, las influencias externas que resultan del ejercicio del derecho a la participación).

tiones jurídicas concretas que se susciten le corresponde, sin embargo, la labor de captar, y abrirse a, la diversa tipología o formas de regulación³¹⁷.

(b) Una teoría de las fuentes del Derecho basada en la diversidad reclama igualmente una correlativa diferenciación en cuanto a los *métodos de implementación o aplicación* de las normas³¹⁸. Las normas de Derecho nacional, supranacional e internacional deben interpretarse de acuerdo con sus respectivos métodos³¹⁹. Si se produjera una desviación o error metodológico, traería como consecuencia la infracción de la norma objeto de interpretación³²⁰. Los ordenamientos que forman parte del sistema multinivel europeo entran en contacto –en certera expresión de Rainer Wahl– “en todo lo que es Derecho”, es decir, también en sus respectivas –y diferentes– concepciones en torno a la dogmática, al método y a la interpretación jurisprudencial. Sin embargo, las diferentes clases de normas –sustantivas, procedimentales y de organización– requieren paralelamente formas de interpretación diferenciadas.

La teoría del método se estudia y analiza habitualmente en Alemania por referencia a la programación legislativa de carácter material o sustantivo a la que antes se ha hecho referencia. Esa metodología, sin embargo, no encaja bien cuando se trata de normas de naturaleza procedimental y de

[317] En este contexto, una perspectiva de las fuentes del Derecho que comprenda la diversidad de normas y de ordenamientos entrelazados se ha de interesar asimismo por las distintas formas de programar la acción administrativa. En otras palabras, aquí no se alude a las clases de normas, sino a las distintas formas de regulación: regulación a través de normas sustantivas o materiales (el modelo clásico), regulación por medio de normas de procedimiento, y regulación mediante normas de organización (N. del E.).

[318] El término empleado en el libro (*Konkretisierung*), usual en la literatura jurídico-administrativa alemana, es un falso amigo. Literalmente dice “concretar”, en este caso las normas. Este término resulta conocido sobre todo por la sentencia de que el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional “concretizado”. Ciertamente, vale aquí la primera acepción que ofrece la RAE (“hacer concreto algo”). Pero se queda corta, porque “concreción” en alemán no se limita a una mera y mecánica ejecución. Concretar en estos casos puede implicar, e implica habitualmente, un desarrollo o implementación creativos. El Derecho Administrativo tiene en la Constitución las bases. Pero en su materialización y efectividad no se limita a “ejecutar”, como si fuera una correa de transmisión que sólo admite una única opción política. Lo mismo sucede aquí: hay diversos métodos de concreción de las normas en el sentido de implementación y, también, por tanto, de desarrollo creativo, en la medida en que las fuentes *para* la Administración no impongan una aplicación unívoca. El texto, sin embargo, se centra en un aspecto concreto y previo de esa implementación o desarrollo, a saber: la interpretación de la fuente del Derecho que dirige a la Administración (N. del E.).

[319] *Vid.* Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*; asimismo, *F. Müller/Christensen*, *Juristische Methodik* Bd. II.

[320] Véase BVerfG – K – DÖV 2001, S. 379 ff.

organización, puesto que en estos casos se hacen necesarias otras perspectivas o análisis, hasta cierto punto más estrictos. Es cierto que si se quiere buscar cuáles son los sectores o los casos en que se hace un mayor uso del método de la subsunción, cabrá encontrarlos en las normas de carácter procedimental o de organización, entendidas como “Derecho formal”, por ejemplo, en materia de plazos o de competencia. Sin embargo, esta es solo *una* de las dimensiones o caras del problema. Porque ha de reconocerse al mismo tiempo que esos ámbitos precisamente requieren con frecuencia análisis extraordinariamente complejos, si se tiene en cuenta que organización y procedimiento constituyen entramados de la actuación administrativa estrechamente relacionados entre sí y para cuya comprensión resulta necesario atender a las recíprocas interdependencias que se dan entre ambos³²¹. Aquí se requiere una metodología que tenga en cuenta, además, al interpretar esos ámbitos, el modo de operar de las normas de procedimiento y de organización, así como las expectativas de influencia o condicionamiento de la acción administrativa que puedan generar. Así, por ejemplo, la cuestión relativa a si una determinada organización satisface, cuando adopta sus decisiones, las exigencias derivadas de la legitimación democrática de la Administración, y si responde al “nivel de legitimidad”³²² que la jurisprudencia demanda, es algo que, obviamente, no se puede resolver de la mano del método de la subsunción³²³. En tales casos, resulta más apropiado hacer uso de las reglas que sirven para implementar las programaciones legales finalistas³²⁴, y cuyo objeto consiste en facilitar que las decisiones que hayan de tomarse sean fruto de una cuidada ponderación en la que se optimicen todos los intereses en presencia³²⁵. Ponderación en la que habrá de valorarse si la concurrencia de ciertos factores, tales como la estructura del órgano o las alegaciones realizadas en el procedimiento en la fase de participación

[321] Sobre la dirección de un contexto en el Derecho de la organización, *vid. infra*, Tercera Parte, A.II.1.

[322] Sobre el sentido y alcance de esta expresión, puede verse del mismo autor “Cuestiones fundamentales de la reforma”, en *Innovación y reforma*, 2.0, cit., pp. 64 y ss, y, con carácter general, el capítulo segundo de *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit. (N. del E.).

[323] *Infra* Tercera Parte, B.II (N. del T.).

[324] Sobre la programación finalista y condicional, véase su *Teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit., capítulo segundo núm. marg. 68, 77, 111; capítulo cuarto núm. marg. 32 y 49; asimismo en la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, cit., pp. 37, 41, 48, 77, 86, 171, 283 y ss., 286 y ss. (N. del E.).

[325] *Vid. Eblers*, in: Erichsen/Ehlers, *Verwaltungsrecht*, § 2 Rn. 18.

ciudadana, llevan efectivamente a decisiones que no reflejen sólo el interés propio de un determinado grupo, esto es, que conduzcan a decisiones democráticas, representativas del bien común o general, y no del particular.

3. MONOPOLIOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA, *NUMERUS CLAUSUS* Y PRINCIPIO DE ADECUACIÓN. ALGUNAS CUESTIONES

La pluralidad de las fuentes del Derecho Administrativo se opone a la existencia de un monopolio en la producción normativa. Por su parte, la Ley Fundamental no ha entendido que exista un tal monopolio. De ahí se desprende, por ejemplo, que el parlamento no ostenta el monopolio normativo de todo el Estado, y que la producción normativa de la Administración no es una simple “legislación delegada”. Quiérese decir que la posición que la norma administrativa ocupa, y la forma y modo en que se vincula y somete a la ley y al Derecho, vienen determinadas en primer lugar por la propia Constitución, pero no por una abstracta idea de monopolio³²⁶. Así, en el caso alemán, ha de tenerse en cuenta el artículo 80.I LF³²⁷, así como la clase de norma de que se trate, los efectos normativos que pretende y las reservas de ley que se hayan establecido³²⁸.

[326] El punto de partida, en la Constitución alemana, no es, pues, el monopolio legislativo interno, de modo que cualquier expresión de la potestad reglamentaria haya de entenderse en sentido estricto como delegada. Pero ello no quiere decir que no existan criterios estrictos para que puedan dictarse normas reglamentarias. El autor quiere subrayar, sin embargo, que éstas no derivan de una genérica idea de monopolio, sino de un entramado de criterios constitucionales más complejo y de otros factores. De hecho, nótese bien, tanto el control parlamentario de los reglamentos, como las condiciones constitucionales para la aprobación de reglamentos son muy superiores a los de otros ordenamientos jurídicos, desde luego, a las del español. Baste recordar lo que dispone el art. 80 de la Ley Fundamental en su integridad, a cuyo primer párrafo se hace referencia en el texto (N. del E.).

[327] El artículo 80. I LF afirma lo siguiente: “El Gobierno Federal, un ministro federal o los gobiernos de los *Länder* podrán ser habilitados mediante ley para aprobar reglamentos. En la ley deberán establecerse el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. En tales reglamentos se dará cuenta de su base legal. Cuando la ley prevea que una habilitación puede ser a su vez delegada, tal subdelegación deberá efectuarse a través de reglamento”. Como se aprecia (y más aún teniendo en cuenta los restantes apartados del citado precepto), las exigencias de dirección legislativa del reglamento y de su control parlamentario en la Ley Fundamental son, al menos por su expresa exigibilidad, superiores al de otras Constituciones, como la Constitución Española. En ese contexto, han de entenderse las consideraciones del texto (N. del E.).

[328] A este respecto, en concreto, véase *infra*, C.I.

Aún menos puede hablarse de un monopolio de la producción normativa estatal frente a la privada³²⁹. Es más, a la autonomía privada le corresponde también el derecho a establecer las normas propias. Otra cosa distinta es que al Estado le competa, primero, decidir en qué medida y con qué condiciones puede reconocer las normas que se hayan aprobado en el ejercicio de la autonomía de la voluntad como parte del propio ordenamiento estatal y, segundo, con qué medios propios subviene para hacerlas efectivas. En este sentido, deben adoptarse, cuando menos, algunas cautelas para evitar que la norma de origen privado vulnere exigencias elementales de justicia derivadas de la Constitución. La legislación sobre las condiciones generales de la contratación civil³³⁰ es demostrativa de la forma en que pueden establecerse unas salvaguardas mínimas³³¹. Esas exigencias tendrán que elevarse, si se pretende incorporar el resultado de la normación privada en el contexto del Derecho Administrativo, como sucede, por ejemplo, cuando éste se remite a las reglas de la ciencia y de la técnica. En tal caso, la recepción de esas reglas en el marco del Derecho Administrativo ha de someterse a un estricto control para su recepción a fin de garantizar que se respetan los principios establecidos³³².

No cabe hablar de un *numerus clausus* de fuentes del Derecho Administrativo que al menos visto desde fuera pudiera ofrecer una prelación clara y sencilla³³³. En el Derecho de la Unión Europea se reconoce desde hace ya largo tiempo que los actos jurídicos enumerados en el artículo 288 TFUE³³⁴, o mencionados en otros lugares de los Tratados, no constituyen una lista

[329] Tal sería un “postulado irreal”, de acuerdo con *Ossenbübl*, in: HStR Bd. V, § 100 Rn. 38.

[330] Arts. 305 y ss. CC. Se trata de un conjunto de condiciones que pueden servir para una pluralidad de contratos (N. del E.).

[331] En particular, sobre su significación en el ámbito del Derecho de la contratación administrativa, *Gündling*, *Modernisiertes Privatrecht und öffentliches Recht*, S. 184 ff.

[332] *Vid. Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 85 ff.

[333] *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers, *Verwaltungsrecht*, § 2 Rn. 18.

[334] El art. 288 TFUE dispone que: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

cerrada³³⁵. Tampoco el Derecho Internacional dispone de un sistema cerrado en materia de fuentes. En esta área y en particular en el ámbito de las organizaciones internacionales y de los organismos de cooperación transnacional, se encuentran normas muy diferentes de las que figuran en el catálogo o listado a que se refiere el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³³⁶. En el Derecho alemán tampoco cabe hablar de un *numerus clausus* de las fuentes del Derecho escrito³³⁷. En la práctica se observa una multiforme variedad de normas infralegales que excede en mucho de las clases de disposiciones administrativas internas³³⁸.

La necesidad de disciplinar esta realidad por razones jurídicas nos remite a la *idea de la adecuación*³³⁹. Al igual que la teoría de los actos jurídicos, también la de las fuentes del Derecho está presidida por el “deber de adecuación”. Los efectos directivos que reclame cada nueva categoría de norma deben justificarse en los estándares de procedimiento y de tutela judicial adecuados, a la hora de dictar las normas correspondientes³⁴⁰. La determinación de lo que el canon de la adecuación exija en cada caso³⁴¹ puede inspirar-

[335] *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 38. Se impone igualmente una diferenciación entre la normativa delegada del artículo 290 TFUE y la normativa de ejecución del artículo 291 TFUE; dicho régimen es concluyente; *vid. Hill/Martini*, in: GVwR Bd. II, § 34 Rn. 81.

[336] *Vid. Knauff*, *Regelungsverbund*, S. 258 ff.; *vid.* igualmente, por ejemplo, *Dann*, *Entwicklungsverwaltungsrecht*, S. 273 ff. *Vid. infra*, B.II.

[337] Con matices, *Ossenbühl*, in: HStR Bd. V, § 100 Rn. 44 f.

[338] Sobre el particular, *Hill/Martini*, in: GVwR Bd. II, § 34 Rn. 4; *Ossenbühl*, in: HStR Bd. V, § 100 Rn. 3 ff., 7.

[339] El deber de adecuación que se exige a las normas (y a los actos jurídicos en general) hace referencia a la necesidad de que exista una relación ponderada entre, por una parte, la finalidad que persigue una norma y el impacto que produce y, por otra, las garantías jurídicas exigidas para su dictado (derivadas de los valores propios del Estado de Derecho).

[340] Las nuevas categorías de normas deben cumplir necesariamente (junto a lo que les exijan las normas especiales) las exigencias del Estado democrático de Derecho. Cuanto mayor sea el efecto (directivo) que estas normas quieran producir sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, más se tendrán que adecuar a las exigencias de la legitimación democrática de la Administración y, además, se tendrán que considerar como una manifestación de “poder público”, que puede lesionar los derechos de los ciudadanos, con la consecuencia de que frente a ellas se deberá poder obtener tutela judicial de conformidad con el art. 19. IV LF.

[341] Por ejemplo, los reglamentos y las ordenanzas tienen por definición “eficacia externa” y, en consecuencia, deben ser publicados. Sin embargo, las disposiciones o instrucciones administrativas no tienen, normalmente, “eficacia externa”, no afectan a la situación jurídica del individuo en absoluto, o sólo lo hacen indirectamente y, en consecuencia, no deben ser publicadas. Pero la categoría especial de las disposiciones o instrucciones administrativas que concretan normas produce, según la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal, por encima de los efectos inter-

se en los estándares aplicables a los tipos normativos ya conocidos³⁴². Pero no es necesario que se cumplan los mismos requisitos en toda su extensión. Sin embargo, y como criterio general, cuanto más se aproximen los pretendidos efectos directivos a los efectos de la regulación vinculante, mejor deberán salvaguardarse los intereses de los destinatarios directos e indirectos de la norma mediante ciertas medidas de protección tanto de naturaleza procedimental, como sustantiva³⁴³.

B. TRES FUENTES DEL DERECHO DESTACADAS A MODO DE EJEMPLO

La reflexión sobre las funciones actuales de la teoría de las fuentes del Derecho se ha de ocupar de tres categorías de fuentes: la ley parlamentaria, que representa el instrumento estatal clásico de dirección (I); el Derecho Internacional Público, como fuente de la actividad administrativa “internacionalizada” (II); y los principios generales del Derecho, fuente tradicional que cumple en el “policentrismo” contemporáneo de las fuentes una triple función de puente o conexión (III).

nos usuales en las disposiciones administrativas, una eficacia externa directiva, por lo que se acercan a los efectos de los reglamentos y las ordenanzas. De aquí se deriva que para el dictado de esta categoría de instrucciones se exijan reglas similares a las que caracterizan a los reglamentos y las ordenanzas. Así estas disposiciones deben ser publicadas (Sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 25 de noviembre de 2005, BVerwGE 122, 264 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rn. 252), y ante la necesidad de tutela frente a las mismas, está reconocida, por la misma sentencia del Tribunal Administrativo Federal, la posibilidad de impugnarlas a través del recurso contra normas previsto en el art. 47 LJCA.

[342] BVerfGE 111, 191 (214 f.).

[343] Nótese que el deber de adecuación requiere un equilibrio, de forma que, a mayor capacidad de intrusión de una norma en los derechos de los destinatarios, mayores serán los requisitos, tanto de legitimación democrática como procedimentales, para su dictado. En este sentido, la Sentencia del TCF de 13 de julio de 2004, citada por el autor en la anterior nota a pie, rechaza la constitucionalidad de la exigencia de unas obligaciones económicas impuestas por una ordenanza de una mutualidad de notarios, porque no se cumplen las exigencias constitucionales (por ejemplo, el suficiente grado de legitimación democrática del órgano actuante) que debe reunir una norma que impone una obligación tan intensa (N. del E.).

I. LA LEY PARLAMENTARIA: UN PILAR INSUSTITUIBLE

La ley ya no es para la Administración la fuente del Derecho que todo lo domina. La pérdida de esa posición de dominio no es reciente, puesto que tuvo lugar con el sometimiento de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales y a la Constitución³⁴⁴, como establecen en el caso alemán los artículos 1.III³⁴⁵ y 20.III LF³⁴⁶. La primacía del Derecho de la Unión Europea y la creciente significación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) han ahondado en la relativización del papel de la ley. La “clásica” ley ya “no está sola”³⁴⁷; no obstante, hoy como ayer la misma ocupa un lugar central en la teoría de las fuentes del Derecho^{348 349}.

1. LA CAPACIDAD DIRECTIVA DE CADA TIPO DE REGULACIÓN³⁵⁰

Las cualidades especiales que adquiere la ley traen su causa del procedimiento legislativo de elaboración, esto es, de su nacimiento a través de un órgano que posee legitimidad democrática directa; con la participación

[344] *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung.

[345] Artículo 1.III LF: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”. En ocasiones se ha cita la LF de acuerdo con la traducción de los profesores K.-P. Sommermann y R. García Macho (en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>).

[346] Artículo 20.III LF: “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”.

[347] En este sentido, *Gunnar Folke Schuppert*, Die Rolle des Gesetzes in der Governancetheorie, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 161 ff.

[348] La erosión de esa primacía de la ley alude directamente, como es obvio, a que la omnipotencia legislativa ha dado paso a la omnipotencia constitucional y, con ella, al Derecho Internacional y al Derecho de la Unión Europea. La pérdida de centralidad de la ley parlamentaria, pues, no quiere decir aquí que el protagonismo se haya transferido al Ejecutivo. Se trata en todo caso, como queda claro, de una pérdida relativa (N. del E.).

[349] *Ossenbübl*, in: HStR Bd. V, § 100 Rn. 76; en sentido análogo, *Schmidt-Abmann*, capítulo cuarto de *La Teoría general del Derecho Administrativo*, cit. En alemán, Ordnungsidee 4. Kap. Tz. 7 ff.; *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 55; *Helmut Schulze-Fielitz*, Einheitsbildung durch Gesetz oder Pluralisierung durch Vollzug, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 135 (160).

[350] En el presente epígrafe se entiende por (clase o modalidad de) “regulación” (o “normación” en sentido muy amplio) las distintas estrategias de regulación de la acción administrativa que puede utilizar el legislador (formal o parlamentario) para asegurar la reserva de ley y el principio de legalidad. El autor glosa la idea básica de que a la Administración se le dirige (que no es sólo prohibir o fijar límites, como se ha notado) a través de distintas estrategias o clases de normas: leyes materiales o sustantivas (que son las que pretenden condicionar directamente la acción ad-

plural de las diversas opciones políticas y, de ordinario también, con la participación en clave federal³⁵¹; mediante la publicidad del proceso de formación de la voluntad; y merced a una (relativa) estabilidad de las decisiones alcanzadas³⁵², y todo ello a través de un procedimiento en el que pueda llevarse a cabo la ponderación de intereses más amplia posible. A ello se añade el carácter general de la ley. Carácter éste que, aunque no sea un elemento definitorio del concepto constitucional de ley, sí representa, sin embargo, una cualidad especial de la ley que de ordinario se da y por la que ha de lucharse, erigiéndose así en un medio o instrumento importante para hacer realidad el Estado de Derecho y el principio democrático, que reclaman una cierta distancia³⁵³.

En esas cualidades se basan a su vez las funciones que persigue la ley parlamentaria, es decir, tanto las funciones esenciales de racionalidad y de legitimación, como las de coordinación y comunicación³⁵⁴. La crítica a la ley por la pérdida de capacidad de dirección (de la Administración) -a consecuencia de la tendencia de la legislación a utilizar cláusulas generales, formulaciones vagas de los objetivos y fórmulas de compromiso- no debe hacerse con ligereza³⁵⁵, puesto que esos problemas afectan generalmente tan solo a las leyes que se caracterizan por contener un programa material³⁵⁶. Pero ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que tal

ministrativa), leyes en materia de organización y de procedimiento (que complementan las normas sustantivas e influyen indirecta, aunque decisivamente, en la decisión que finalmente se adopte); leyes en materia de presupuestos y de personal.

Sobre el tema y con carácter general, puede verse *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, capítulo cuarto, cit., pp. 212 y ss. (N. del E.).

[351] El autor se refiere a la participación de la cámara de representación territorial, en el caso alemán de la segunda cámara, o Consejo Federal (*Bundesrat*). De este modo, de manera análoga a otros Estados compuestos, cabe hacer una “lectura territorial” de las leyes emanadas del centro de la Federación (N. del E.).

[352] Sobre el particular, *Ossenbühl*, in: HbStR Bd. V, § 102.

[353] *Vid.* en detalle y con matices, *G. Kirchhof*, *Allgemeinheit des Gesetzes*, especialmente S. 174 ff.

[354] Sobre estas funciones, véase *Reimer*, in: GVwR Bd. I, § 9 Rn. 4 ff.

[355] En sentido análogo, *Reimer*, ebd., Rn. 84.

[356] Sobre la programación material y otras estrategias de regulación, véanse *supra* el epígrafe II.2 y las notas 324 y 358 (N. del E.).

forma de programación legal no agota el repertorio de las formas de regular que la ley presenta³⁵⁷:

(a) Por consecuencia, una función relevante de la teoría de las fuentes del Derecho es la de identificar y elaborar, primero, los diferentes enfoques posibles a los efectos de dirigir a la Administración y, segundo, las distintas clases de regulación de que dispone el legislador en el ámbito del Derecho Administrativo^{358 359}.

– En primer lugar, se encuentran las leyes que contienen normas en materia de *procedimiento* y de *organización* administrativos. Organización y procedimiento vertebran y dan estructura a los distintos ámbitos materiales en los que se desenvuelve la Administración, y coadyuvan a concretar los conceptos legales de carácter material. Así sucede en casos bien conocidos, como, por ejemplo, en relación con la actividad administrativa de policía y de seguridad³⁶⁰. Esta modalidad de regulación estructural resulta también muy relevante cuando, como sucede por ejemplo en los sectores regulados, se trata de disciplinar la interacción entre la

[357] La programación material puede llevarse a cabo de distintas formas. Una de las más características consiste en el establecimiento de presupuestos de hecho de carácter sustantivo a los que se le anuda una consecuencia jurídica, también llamada programación finalista (p. ej.: si concurre una determinada situación de peligro, entonces la Administración deberá actuar...). También muchos principios generales cuentan con una dimensión material o sustantiva (prohibición de trato discriminatorio o arbitrario, proporcionalidad, seguridad jurídica, etc.).

No obstante, y ese es el mensaje que aquí se enfatiza, la programación material no es desde luego la única modalidad que tiene la ley para dirigir efectos directivos a la Administración (N. del E.).

[358] A la teoría de las fuentes en el ámbito del Derecho Administrativo le incumbe, pues, la distinta forma en que esas fuentes –típicamente la ley– pueden dirigir a la Administración. Téngase en cuenta que la dirección incluye no sólo límites o prohibiciones en sentido negativo, sino además y sobre todo “encargos” o “atribución de responsabilidades”, en sentido positivo. Importa entonces también el estudio sobre cómo se le condiciona, directa o indirectamente, desde las fuentes “para” la Administración la acción de ésta. En otras palabras, el principio básico de sometimiento o sujeción de la Administración a la ley y al Derecho no significa sólo límite o prohibición, sino también encargo. El modo en que esto se haga ocupa un lugar central en la teoría de las fuentes del Derecho Administrativo (N. del E.).

[359] En este sentido, véase *Schulze-Fielitz*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, S. 135 (147 ff.).

[360] En los referidos ámbitos que como ejemplo trae el autor el legislador no sólo dirige a la Administración a través de parámetros y criterios materiales más o menos abiertos (seguridad, prevención, principio de necesidad, riesgos potenciales o emergentes, etc.), sino que recurre a un denso entramado de órganos y organizaciones (consejos y sistemas de seguridad, registros y sistemas de información...), así como de componentes procedimentales que ofrecen la infraestructura legal necesaria para determinadas acciones (colaboración interadministrativa, colaboración privada, participación...). De este modo, sostiene el autor, las normas legales en materia de organización y procedimientos se suman a las de carácter sustantivo y en conjunto dirigen y condicionan la acción administrativa (N. del E.).

esfera pública y la privada³⁶¹, así como en el ámbito de la internacionalización de las actuaciones administrativas³⁶².

– Asimismo, resultan de interés los efectos directivos que genera el *Derecho Financiero*, especialmente a través de la legislación en materia presupuestaria³⁶³. Estas leyes desempeñan una función complementaria, que, en ocasiones, pasa inadvertida a los estudios de la dogmática del Derecho Administrativo³⁶⁴: “Al Derecho Administrativo construido sobre la base del principio de reserva de ley, de la teoría de las clases de actuación administrativa y del orden de distribución de competencias, se le une la asignación concreta de medios personales y materiales a través de ciertos actos jurídicos; sólo así se pone a la Administración en condiciones de poder actuar en términos reales”.

(b) Únicamente si se adopta una *visión de conjunto* de las diferentes formas de regulación es posible obtener un cuadro acertado de la capacidad de dirección que posee la ley parlamentaria en el Derecho Administrativo. La ley constituye a un tiempo límite y atribución de responsabilidades³⁶⁵ para la acción administrativa³⁶⁶. La ley, en efecto, establece instrucciones para la actuación de la Administración y define sus potestades y habilitaciones, dispone los objetivos de la planificación administrativa y estructura los procedimientos decisorios; determina los ámbitos funcionales³⁶⁷ y sienta las bases de la organización administrativa. En todas sus actuaciones, la Administración actúa con sometimiento pleno a la ley (*principio de primacía de la ley*); en muchos ámbitos, además, la Administración sólo puede actuar sobre la base de una habilitación legal previa (*principio de reserva de ley*). Las doctrinas de

[361] Esto es, en la zona de frontera donde se hallan entrelazadas las correspondientes responsabilidades de los actores públicos y privados (N. del E.).

[362] Sobre esta cuestión, *Wolfgang Kabl*, *Parlamentarische Steuerung der internationalen Verwaltungsvorgänge*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, S. 71 ff.

[363] *Vid. Koriath*, in: *GVwR* Bd. III, § 44 Rn. 4 ff., 64 ff. y 104 ff.; en particular, sobre los principios de eficiencia económica y contención del gasto, *Gröpl*, in: *HStR* Bd. V, § 121, especialmente Rn. 35 ff.

[364] *Waldbhoff*, in: *HStR* Bd. V, §116 Rn. 125.

[365] Esta es una de las perspectivas en las que ha insistido el movimiento de reforma y actualización del Derecho Administrativo. La ley no es sólo un límite para la Administración, como subrayara el modelo del Estado liberal. Es al mismo tiempo el vehículo a través del cual se le encarga y atribuye a la Administración unas tareas, una misión o responsabilidad que atender (N. del E.).

[366] Así, la clásica formulación de *Ulrich Scheutner*, *Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung*, *DÖV* 1969, S. 585 ff.

[367] En este sentido, *BVerfGE* 90, 286 ff., 389 f.

la primacía y de la reserva de ley representan las correas de transmisión a través de las cuales las pretensiones o aspiraciones directivas de la ley parlamentaria se trasladan a la actuación administrativa. Y, por seguir con esta metáfora mecanicista, dicha transmisión no se puede producir sin pérdidas por fricción. Por lo demás, la “dirección” no debe concebirse aquí como un proceso estrictamente unidireccional que va de arriba abajo; han de tenerse también en cuenta los efectos complementarios que genera la actividad administrativa, especialmente con ocasión de la elaboración de las normas administrativas³⁶⁸, que concretan y perfilan el programa legal.

2. LA DIALÉCTICA ENTRE UN NECESARIO GRADO DE DETERMINACIÓN DE LA LEY Y UN LEGÍTIMO NIVEL DE APERTURA³⁶⁹

El deber de determinación legal o de certidumbre que pesa sobre la ley constituye un mandato que deriva de los principios democrático y del Estado de Derecho. El objeto de este mandato consiste en asegurar la claridad externa de las normas y la expresividad y significado interno de los elementos estructurales de cada precepto legal³⁷⁰. La ley no puede ejercer su función directiva, si sus preceptos no aportan un “suficiente grado” de determinación o certidumbre³⁷¹. La medida de lo que haya de entenderse por “suficiente” puede variar. En tal sentido, los estándares que configuran el deber de certeza y de predeterminación propios del Derecho penal (art.

[368] Véase *infra*, C.I.

[369] *Bestimmtheitsgebot* o deber de claridad o certeza se ha traducido aquí por deber “de determinación” de la ley, con preferencia a la expresión “deber de certeza”, que se utiliza en el ámbito del Derecho Penal.

El presente epígrafe se ocupa de la tensión en la que puede situarse la ley parlamentaria. De un lado, pesa sobre la ley la obligación de determinar y precisar con claridad sus disposiciones (*Bestimmtheitsgebot*), entre otras cosas porque el afectado ha de conocer suficientemente el régimen jurídico que de la ley se deriva (contenido y límites de los mandatos y de las prohibiciones establecidas), de modo que pueda ajustar su conducta a aquélla; y porque cuanto más intensa sea la incidencia o injerencia sobre los derechos y libertades de los interesados, tanto mayor habrá de ser la exigencia de determinación por parte de la ley.

De otro, sin embargo, la ley puede, o incluso debe, dejar legítimamente espacios abiertos, en determinadas situaciones y supuestos. A ese equilibrio se hace referencia seguidamente (N. del E.).

[370] Sobre el particular, en profundidad, *Schmidt-Abmann*, capítulo cuarto de *La Teoría general del Derecho Administrativo*, cit. En alemán, *Ordnungsidee*, 4. Kap. Tz. 28 ff.; *Reimer*, in: *GVwR* Bd. I, § 9 Rn. 61 ff.

[371] La fórmula “grado satisfactorio” es empleada, por ejemplo, en *BVerfGE* 111, 54 (96).

103.II LF)³⁷² no encajan en el Derecho Administrativo; tampoco los requisitos que se exigen para legitimar la injerencia en la delicada esfera de la protección de los derechos de la personalidad y del artículo 10 LF³⁷³ pueden trasladarse sin más al Derecho urbanístico, al control de las emisiones o al sector de la energía, sin adaptaciones de calado. Es más, algunas garantías constitucionales exigen, al contrario, que la ley presente un mayor grado de *apertura*. Tal es el caso, significativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28.II LF³⁷⁴, de las leyes que inciden sobre el principio de autonomía local³⁷⁵.

Si bien es cierto que el TCF ha destacado en fechas recientes la función de protección que subyace al deber constitucional de determinación legal³⁷⁶, no lo es menos, sin embargo, que también se ha opuesto con razón a la extendida opinión de que las normas deban ofrecer un grado de certidumbre absoluta desde todo punto de vista³⁷⁷. Esta idea constituye la base para hacer frente a las nociones simplistas de la subsunción en la doctrina de la aplicación de la ley. Para la Constitución es normal que la dirección a través de las

[372] Artículo 103.II LF: “Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto”.

[373] *Vid.* las BVerfGE 110, 33 (52 f.); 113, 348 (375 ff.).

Artículo 10 LF: “1. El secreto epistolar, así como el secreto postal y de las telecomunicaciones son inviolables. 2. Las restricciones sólo podrán ser ordenadas en virtud de una ley. Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un *Land*, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo”.

[374] Artículo 28.II LF: “Debe garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las asociaciones de municipios tienen igualmente, dentro del marco de sus competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho de autonomía administrativa. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica”.

[375] El artículo 28.II LF garantiza que los municipios pueden regular los asuntos que les son propios bajo su responsabilidad, lo que significa que los municipios son libres de decidir en ejercicio de su propia discrecionalidad y según sus propias convicciones políticas. Si la Ley ya regula una materia con tal detalle que no deja margen alguno, entonces se diluye ese margen de responsabilidad propia de los municipios, que es consustancial a su autonomía. De ahí, la exigencia de que las leyes que afectan al ámbito de la actuación municipal no sean exhaustivas en su regulación. *Vid. Janssen, Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, S. 128 ff.*

[376] En este sentido, en profundidad, BVerfGE 128, 282 (317 f.).

[377] BVerfGE 80, 103 (108); *vid.* igualmente BVerfGE 47, 327 (385 f.).

leyes tenga sus límites estructurales, derivados de las formulaciones abstractas, esto es, de una definición legal abstracta del presupuesto de hecho de la norma. Y dentro de esa normalidad se hallan los conceptos jurídicos indeterminados, la atribución de potestades discrecionales a la Administración y el empleo de cláusulas generales³⁷⁸. Una regulación legal casuística como máximo grado de determinación no representa ningún ideal: se exige “precisión, no concreción” de detalle³⁷⁹. Es más, el principio de separación de poderes garantiza que las instancias que aplican el Derecho puedan hacer una contribución sustantiva en la tarea de concreción del Derecho^{380 381}. La apertura o amplitud de los elementos integradores de la norma que la ley establece representan con frecuencia un mecanismo para favorecer la flexibilidad y la capacidad de innovación imprescindibles para hacer frente a la evolución e innovación técnicas y económicas³⁸². En otros ámbitos puede, por el contrario, resultar necesario ofrecer a la Administración un programa de ejecución predeterminado por la ley punto por punto. Entre la determinación y la flexibilidad de la ley no existe una “relación de preferencia de carácter general”³⁸³. La Constitución no opta de una vez por todas por una única estructura de los elementos integradores de la norma legal, ni fija tampoco su densidad normativa, sino que proporciona tan solo directrices puntuales que el legislador deberá observar. Las disposiciones legales deben ser tan precisas y determinadas, se afirma³⁸⁴, “como resulte posible, de acuerdo con las peculiares circunstancias y ámbitos vitales que deban ser objeto de regulación, teniendo en cuenta la finalidad de la norma”. Tam-

[378] Véase la exhaustiva exposición de *Wißmann*, Generalklauseln, S. 167 ff.; en particular, sobre las cláusulas generales y la actividad de policía, *G. Kirchhof*, Allgemeinheit des Gesetzes, S. 498 ff.

[379] En este sentido, *G. Kirchhof*, ebd., S. 330 (333).

[380] El reconocimiento de una función propia en favor del Ejecutivo, que no es de ordinario una mera correa de transmisión de la ley, sino que goza de una esfera de responsabilidad autónoma, subrayado por la doctrina alemana sobre la reforma (por todos, Wolfgang Hoffmann-Riem “Eigenständigkeit der Verwaltung”, en *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, capítulo 13), desde luego compartible en tantos ordenamientos, es necesario entenderlo, sin embargo, en su debido contexto alemán, en el que existe un riguroso control parlamentario del reglamento (baste la remisión al art. 80 LF), entre otras medidas de equilibrio (N. del E.).

[381] *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 170 f.: “La en un principio excepcional apertura de las especificaciones legales se revela, en cierto modo, como una virtud”.

[382] *Vid.*, *Schulze-Fielitz*, in: Reform Bd. II, S. 139 (172 ff.).

[383] *Reimer*, in: GVwR Bd. I, § 9 Rn. 65. Una “proscripción apriorística ‘de la indeterminación’ es inoportuna” (ibd., Rn. 62).

[384] BVerfGE 128, 282 (317).

bién el círculo de destinatarios y de interesados puede resultar relevante a estos efectos.

El grado de determinación legal exigible viene también condicionado por la naturaleza y la estructura de las normas de *organización* y del *procedimiento administrativos*, en cuyo contexto las instancias encargadas de la aplicación de la ley han de enfrentarse a la indeterminación en cada caso^{385 386}. Así, si las normas de procedimiento y de organización garantizan una cuidadosa concreción de la ley y una ponderación neutral de los intereses en presencia, tanto más aceptables serán las indeterminaciones de aquélla³⁸⁷. Legislación y aplicación de la ley se conciben, de este modo, como partes de un ciclo o circuito directivo en el que el procedimiento administrativo y el proceso judicial cumplen la función de compensar la apertura de la ley³⁸⁸. En concreto, corresponde al legislador fijar el tipo de procedimiento de concreción o desarrollo³⁸⁹. En definitiva, desde la perspectiva constitucional ha de admitirse que existe una “pluralidad de niveles de determinación legal”³⁹⁰.

II. LA CRECIENTE RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO PARA LA ADMINISTRACIÓN

Una de las fuentes del Derecho que condiciona e integra cada vez en mayor medida el programa de toma de decisiones de las Administraciones –con relevancia también a los efectos del control judicial– es el Derecho Internacional Público. Ello obedece, de un lado, a la expansión y consolidación de las relaciones administrativas internacionales. Este avance y evolución obedece tanto a la implicación de las actividades de las Administraciones nacionales en el exterior, como, a la inversa, a la participación de la actuación administrativa extranjera en el interior. A lo que se suma la cooperación administrativa interestatal y la creciente actividad administrativa

[385] *Supra* I.1 y notas a pie de página (N. del E.).

[386] En este sentido, *Wißmann*, Generalklauseln, S. 182 ff.

[387] *Vid.*, en este sentido, BVerfGE 111, 191 (216 f.), sobre la reserva parlamentaria y la definición de competencias de regulación por parte de los beneficiarios de ámbitos de autonomía funcional.

[388] Sobre la cuestión, *vid. infra*, C.I.

[389] *Hermann Hill*, Gesetzgebung in der postindustrielle Gesellschaft, ZG 1995, S. 82 (85), que habla de un “programa de aprendizaje”.

[390] Concepto desarrollado por *Reimer*, in: GVwR Bd. I, § 9 Rn. 63.

de las organizaciones internacionales³⁹¹. De otro lado, la importancia se refleja en el renovado interés por el Derecho Internacional como fuente autónoma del Derecho para la actividad administrativa, lo que supone un cambio profundo en lo que hace al sistema de relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Público interno³⁹². En el curso de esa evolución, las posiciones tradicionales se han aproximado: la neta separación entre ambos sistemas jurídicos pertenece ya al pasado. Hoy en día, el “dualismo moderado”³⁹³, que caracteriza a la doctrina alemana, resulta lo suficientemente abierto como para allanar el camino a las sucesivas aproximaciones de futuro de ambas ramas del Derecho, particularmente hacia una mayor influencia directa del Derecho Internacional en el panorama jurídico nacional. En todo caso, el Derecho Administrativo ya no se encuentra parapetado tras el Derecho estatal frente al Derecho Internacional.

Como punto de partida, ha de tenerse en cuenta aquí la formulación del TCF³⁹⁴, de acuerdo con la cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 20.III LF³⁹⁵, los poderes públicos alemanes se encuentran sometidos al Derecho Internacional; y en cuanto Derecho Internacional convencional que es –de conformidad con el artículo 59.II LF³⁹⁶ y sus normas generales, y en particular en cuanto Derecho Internacional consuetudinario según el 25 LF³⁹⁷–, tiene validez interna. Esta declaración del Alto Tribunal concibe la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho alemán sobre la base de la *tesis dualista*. Ambos sistemas jurídicos gozan de indepen-

[391] Sobre el particular, en general, *Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln; *M. A. Glaser*, Internationale Verwaltungsbeziehungen; *Dimitropoulos*, Zertifizierung und Akkreditierung; *Möllers/Terhechte*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 40; así como las contribuciones en *Möllers/Voßkuhle/Walter*, Internationales Verwaltungsrecht.

[392] *Vid. Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltinnenrecht; *Knauff*, Regelungsverbund, S. 60 ff.

[393] *Vid. Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, § 7 I.2 y II.

[394] BVerfGE 112, 1 (24 f.).

[395] El artículo 20.III LF dispone que: “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”.

[396] Artículo 59.II, inciso primero, LF: “Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal (...)”.

[397] Artículo 25, inciso primero, LF: “Las reglas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del Derecho federal (...)”.

dencia en lo relativo al fundamento de su validez y a sus respectivos métodos. Si el Derecho Internacional pretende incorporarse en el ámbito interno, requiere de una norma de recepción por parte del Derecho nacional. Una cuestión distinta es la relativa a si la norma internacional queda así transformada en Derecho interno, o bien resulta aplicable como tal norma internacional por virtud de una orden de aplicación dirigida a los órganos estatales. Es este un tema que no se encuentra aún resuelto definitivamente. Los argumentos más convincentes se sitúan del lado de la doctrina de la ejecución³⁹⁸. Los conflictos entre ambos sistemas jurídicos tienden a resolverse mediante la técnica de la interpretación conforme de la norma estatal con el ordenamiento internacional. La integración del Derecho Internacional en el Derecho interno habrá de seguir en aumento. A favor de esta consideración se halla el hecho de que –primero y en particular en el ámbito del CEDH– con la Sentencia del TCF de 4 de mayo de 2011 se ha dado un nuevo paso en la senda de la integración³⁹⁹. Se presenta así una ocasión para que la práctica y la ciencia del Derecho Administrativo profundicen en el uso del Derecho Internacional como fuente autónoma del Derecho Administrativo, es decir, utilizando los instrumentos, métodos y condiciones

[398] *Vid.* BVerfGE 128, 326 (367: “instrucción de aplicación jurídica”); en el mismo sentido, *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht*, § 2 Rn. 79.

[399] BVerfGE 128, 326 (366 ff.): con rango de ley federal, pero con “relevancia constitucional”. La citada Sentencia, de 4 de mayo de 2011, aborda la exigencia por el TEDH de garantías en la imposición de medidas de seguridad consistentes en una detención “preventiva” impuestas sobre delincuentes peligrosos para evitar que reincidan y señala que, aunque la CEDH tiene un rango infraconstitucional en Alemania, los preceptos de la LF se deben interpretar de forma conforme con el Derecho Internacional. Tanto el texto de la CEDH como la jurisprudencia del TEDH sirven, en el plano constitucional, de elementos interpretativos para determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos por la LF, aunque esta interpretación conforme no puede llevar a reducir la protección de los derechos fundamentales que reconoce la LF. Por lo tanto, una decisión del TEDH que aporta un aspecto novedoso para la interpretación de un derecho fundamental, equivale a un “cambio jurídicamente relevante” que puede traer consigo la revisión de la fuerza de cosa juzgada de una Sentencia del propio TCF. La aplicación de esta doctrina en el caso llevó a la estimación de los recursos de amparo de los demandantes, ya que la fuerza de cosa juzgada de una previa sentencia del propio TCF –Sentencia de 5 de febrero 2004, 2 BvR 2029/01– no se puede oponer ante la existencia de una sentencia posterior del TEDH – Sentencia de 17 de diciembre de 2009 (asunto 19359/04 M. contra Alemania)– que considera contraria a la CEDH la conversión de una medida seguridad de detención preventiva impuesta inicialmente por 10 años en permanente, al entenderse que al no tratarse de una pena, no regía el principio de irretroactividad.

de validez de aquel⁴⁰⁰. Ello se explicita seguidamente en relación con las dos principales fuentes del Derecho Internacional: el tratado internacional (1) y las normas generales del Derecho Internacional Público (2)⁴⁰¹.

1. TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados son el instrumento más importante de la internacionalización del Derecho Administrativo y de las relaciones administrativas. Su principal ámbito de influencia se halla en aquellos sectores especiales del Derecho Administrativo que poseen una específica conexión con el exterior, como sucede en particular con la legislación de extranjería o sobre los refugiados. Las resoluciones de las más altas instancias judiciales incorporan habitualmente referencias a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas o a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de las Naciones Unidas⁴⁰². Pero también pueden adquirir significación los tratados internacionales⁴⁰³ en relación con materias tales como la legislación de policía, el Derecho ambiental, el Derecho Tributario o la legislación social. Además de los tratados entre los Estados, hay un campo enorme para los convenios administrativos internacionales en su doble función como fuente del Derecho y como instrumento de actuación⁴⁰⁴. En esencia, ningún sector del Derecho Administrativo queda excluido de esta presencia; e incluso sectores que carecen de toda conexión con la esfera internacional pueden verse afectados por el Derecho Internacional convencional. Los puntos de encuentro serán cada vez más frecuentes, en la medida en que los pactos sobre derechos humanos adquieran un contenido pro-

[400] Véanse *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 14 ff.; *Eblers*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht § 2, Rn. 20 ff., 75 ff. y 95 ff.; asimismo, por ejemplo, *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 25 Rn. 2 y 24 f.; *Detterberck*, Verwaltungsrecht, Rn. 138 ff.; *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 69; igualmente, *Ossenbühl*, in: HStR Bd. V, § 100, Rn. 64 ff.

[401] La exposición sucesiva es una actualización de algunos pasajes de mi contribución “Ansätze zur Internationalisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes”, in: *Liber Amicorum Wolfrum*, Bd. 2, S. 2119 ff.

[402] *Vid.* tan solo BVerwGE 120, 206 ff.; BVerwG NVwZ-RR 2007, S. 205 (206) y NVwZ 2009, S. 843 (844).

[403] *Vid.* *Schmidt-Abmann*, in: GVwR Bd. I, § 5 Rn. 42 ff.

[404] Con mayor detalle, *M. A. Glaser*, Internationale Verwaltungsbeziehungen, S. 98 ff.

pio, que vaya más allá del que se reconozca en el ámbito interno a los derechos fundamentales que la Constitución garantiza⁴⁰⁵. Al fin y al cabo, el artículo 1.II LF⁴⁰⁶ supone la asunción de un compromiso general con los derechos humanos⁴⁰⁷.

(a) Los tratados internacionales poseen en Derecho alemán el rango normativo propio del acto jurídico con el que se procede a su incorporación⁴⁰⁸.

– La recepción en el Derecho interno de los tratados interestatales comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 59.II LF se hace mediante ley federal ordinaria⁴⁰⁹. Las posibles colisiones con otras leyes que pudieran producirse sobre la base del principio de la *lex posterior* habrán de prevenirse con una interpretación favorable o conforme al Derecho Internacional. Esta interpretación se basa en la opción constitucional por una estatalidad abierta y opera como método dentro del Derecho alemán, porque no puede suponerse que el legislador, a menos que lo haya manifestado expresamente, desee desconocer los compromisos internacionales de la República Federal de Alemania, o permitir el incumplimiento de tales obligaciones⁴¹⁰. Sin embargo, en los supuestos en que el tenor literal de la ley y la intención del legislador resulten inequívocamente contrarios, la Administración se encontrará tan solo vinculada a la ley, aunque la República Federal incurra con ello en un incumplimiento de una obligación internacional asumida por virtud de un tratado⁴¹¹. El CEDH disfruta en este sentido de una posición especial, toda vez que

[405] *Vedder*, in: HGR Bd. VI/2, § 174, y *Heintschel von Heinegg*, ebd., § 175; *Tomuschat*, in: HStR Bd. X, § 208.

[406] Artículo 1.II LF: “El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

[407] De acuerdo con la BVerfGE 128, 326 (369), esta constatación no debe ser comprendida como “un canal de atribución directa de rango constitucional” a los pactos en materia de derechos humanos.

[408] *Dabm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht Bd. I/1, § 10 III.3; *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 59 (Stand Januar 2009) Rn. 181 ff.

[409] Sobre las especialidades en relación con la incorporación del CEDH, BVerfGE 111, 307 (315 ff.); 128, 326 (366 ff.); *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 143 ff.

[410] BVerfGE 74, 354 (370).

[411] *Vid.* BVerfGE 128, 336 (371): “Las posibilidades de una interpretación conforme con el tratado internacional finalizan allá donde este método interpretativo ya no resulta razonable”.

instituye su propio órgano judicial, a cuyas resoluciones el ordenamiento jurídico les atribuye una “función directriz” que trasciende el caso concreto⁴¹².

– Los *convenios administrativos* (convenios gubernamentales y departamentales) se incorporan al ordenamiento interno, en función de su contenido, a través de un reglamento o de una disposición administrativa interna⁴¹³. Por lo demás, han de adaptarse al Derecho nacional y no se hallan protegidos frente a una eventual modificación a consecuencia de una reforma legal posterior⁴¹⁴.

(b) Los funcionarios y los jueces no sólo están legitimados, sino también obligados, a resolver por sí mismos las cuestiones que se susciten en relación con la *interpretación* de los tratados⁴¹⁵. Si el acto de ratificación se interpreta en función de la doctrina de la ejecución⁴¹⁶, el tratado mantiene su calidad de Derecho Internacional dentro del sistema jurídico nacional. Para su interpretación, resultan decisivas las reglas metodológicas propias del Derecho Internacional⁴¹⁷, en particular las que se encuentran en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, así como en otras reglas que distinguen entre las diversas categorías de tratados⁴¹⁸. Hoy día toda Administración ha de estar familiarizada con tales criterios y aplicarlos como reglas de interpretación vinculantes. Otro tanto debe decirse respecto del resto del Derecho de los Tratados, por ejemplo, en lo que hace a las reservas (art. 21 de la Convención de Viena de 1969). Por otra parte, el Derecho Internacional solo en raras ocasiones dispone de procesos centralizados para la resolución de dudas interpretativas o de mecanismos que monopolicen la decisión última, como sucede en el caso de la cuestión prejudicial en el

[412] BVerwGE 110, 203 (210); sobre el significado de esta doctrina para el Derecho Administrativo, *vid. Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 143 ff. Desde una perspectiva general, en relación con el CEDH, *vid. Bernhardt*, in: HGR Bd. VI/1, § 137; *Nußberger*, in: HStR Bd. X, § 209.

[413] *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 59 (Stand Januar 2009) Rn. 188 ff.; *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 43. Sin embargo, diferencia entre “acuerdo ejecutivo de un tratado” y “acuerdo administrativo”, *M. A. Glaser*, Internationale Verwaltungsbeziehungen, S. 138 ff.

[414] *Knauff*, Regelungsverbund, S. 173 f.

[415] BVerfGE 118, 124 (135); es esta una jurisprudencia consolidada; *vid. Dabm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht Bd. I/1, § 10 III.3.d) in Fn. 98.

[416] *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 59 (Stand Januar 2009), Rn. 173 ff.

[417] *Vid. Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, § 32 V.; así como, con anterioridad, BVerfGE 4, 157 (168).

[418] Sobre la cuestión y las reglas de interpretación complementarias, en detalle, *Dabm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht Bd. I/3, § 153.

Derecho de la Unión Europea (art. 267 TFUE⁴¹⁹). Cuando el Derecho Internacional reconoce márgenes de apreciación en favor de los Estados, entran en juego las normas de Derecho nacional que se hacen efectivas a través de la ley de ratificación del tratado⁴²⁰.

(c) Como sucede con el tema del rango normativo, también la cuestión de la *aplicabilidad directa* de los tratados internacionales se ha de resolver haciendo ciertas distinciones. Con el acto de ratificación tan sólo se resuelve el problema relativo a la vigencia del tratado en el ordenamiento interno, mientras que queda sin responder la cuestión relativa a si las disposiciones pueden ser directamente aplicadas por la Administración y los jueces o si requieren la previa intermediación legislativa. Cabe afirmar que una disposición convencional resulta directamente aplicable cuando concurren en ella todas las cualidades que una ley deba poseer de acuerdo con el ordenamiento interno para otorgar derechos e imponer obligaciones⁴²¹. Este tema solo puede resolverse si se examina con precisión el programa normativo de cada disposición del tratado y se analiza de acuerdo con su finalidad, su grado de detalle, su certidumbre o nivel de determinación, y su técnica de regulación⁴²². Por ello, las secciones y preceptos de un tratado podrían calificarse de manera diferente. La vía de la *interpretación individual* de cada precepto habrá de seguirse igualmente cuando se trata de resolver si y, en su caso, en favor de quién, un tratado internacional reconoce derechos subjetivos.

2. LAS NORMAS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Las normas generales del Derecho Internacional forman parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25, primer inciso LF⁴²³, del Derecho de la

[419] Sobre el contenido de este precepto, *vid. infra* nota núm. 874.

[420] *Vid.* BVerfGE 99, 145 (158).

[421] VGH Kassel NVwZ-RR 2009, S. 602 (603 f.); OVG Münster DVBl. 2007, S. 1442 (1443); debe reconocerse, de manera razonable, que la consecuencia jurídica es incondicionada o que tiene lugar cuando se producen circunstancias próximas a su consideración como auténticos requisitos.

[422] En el mismo sentido, *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 59 (Stand Januar 2009) Rn. 180.

[423] El artículo 25 LF dispone: “Las normas generales del Derecho Internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”.

Federación, sin necesidad de un acto expreso de recepción. Una norma posee alcance general cuando la reconocen la mayoría de los Estados⁴²⁴. Lo mismo cabe decir del Derecho Internacional consuetudinario universal, especialmente del Derecho Internacional vinculante, y de los principios generales del Derecho en el sentido del artículo 38.1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia^{425 426}. Ni los tratados internacionales, ni los pactos universales sobre derechos humanos están exentos de la necesidad de ratificación; menos aún, las declaraciones de las Naciones Unidas o las recomendaciones de las organizaciones internacionales. No obstante, no la requerirán cuando se limitan a reiterar, con carácter meramente declarativo, el contenido de normas de Derecho consuetudinario ya vigentes.

En la práctica tienen relevancia, de un lado, las normas *dirigidas a los Estados* –en particular, las normas en materia de inmunidad de los Estados y las relativas a la limitación del poder estatal para regular hechos ocurridos en el extranjero– y, de otro, las normas *dirigidas al individuo* –principalmente, las que establecen el contenido mínimo de los derechos humanos, y las normas en materia de extranjería, que incluyen también una tutela judicial básica⁴²⁷. El círculo de las normas del Derecho Internacional sigue en expansión, como se pone de manifiesto en el ámbito de la tutela de los derechos humanos y del medio ambiente. Aun cuando haya que adoptar una posición prudente sobre este punto –debido a las condiciones especiales en que se origina el Derecho Internacional consuetudinario–, cabe prever que las Administraciones y los tribunales se habrán de enfrentar en el futuro con mayor frecuencia a esta fuente de Derecho⁴²⁸. Al contrario de lo que ocurre en relación con el Derecho Internacional convencional, los órganos judiciales están obligados, de conformidad con lo establecido en el artículo 100.II

[424] BVerfGE 15, 25 (32 ff.); 118, 124 (134 f.).

[425] *Dabm/Delbrück/Wölfrum*, Völkerrecht Bd. I/1, § 10 III.3.a); *M. Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 25 (Stand August 2000) Rn. 35.

[426] El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

[427] *Vid.* la exposición de *M. Herdegen*, ebd., Rn. 23 ff.; *Tomuschat*, in: HGR Bd. VI/2, § 178.

[428] *Vid.* *Klaus Ferdinand Gärditz*, Ungeschriebenes Völkerrecht durch Systembildung, *Archiv des Völkerrechts* Bd. 45 (2007), S. 1 ff.

LF⁴²⁹, a plantear ante el TCF una cuestión de inconstitucionalidad, cuando haya dudas fundadas sobre si una norma de Derecho Internacional forma parte del Derecho federal, o sobre si reconoce de modo directo derechos u obligaciones para el individuo⁴³⁰.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: UNA CATEGORÍA GENERAL

En puridad, casi todas las cuestiones relacionadas con los principios generales del Derecho resultan un tanto indeterminadas: su delimitación conceptual, origen, contenido y caracterización como fuentes del Derecho⁴³¹. Sin embargo, constituyen una parte tradicional de los manuales de Derecho Administrativo. Podría decirse que la multiplicidad de observaciones, experiencias y construcciones que genera el concepto de principios generales del Derecho pone ya de manifiesto en cierto modo la capacidad de innovación que posee la dogmática del Derecho Administrativo. En ningún otro instituto de la teoría de las fuentes del Derecho convergen de manera tan interrelacionada el Derecho nacional, europeo e internacional⁴³². De hecho, la indeterminación de los principios generales trae consigo la apertura y elasticidad necesarias para la construcción del sistema del Derecho Administrativo⁴³³: una apertura que se muestra ante otras fuentes del Dere-

[429] Artículo 100.II LF: “Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho Internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”.

[430] BVerfGE 23, 288 (316); 75, 1 (11). Si no se plantea la cuestión ante el TCF, se entiende vulnerado el derecho al juez predeterminado legalmente; BVerfGE 64, 1 (21).

[431] *Vid. Fritz Ossenbühl*, Allgemeine Rechts- und Verwaltungsgrundsätze – eine verschüttete Rechtsfigur?, in: FG 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 289 ff. (con importantes aclaraciones conceptuales, S. 290 f.).

[432] *Vid. Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 25 Rn. 2; *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 96 (“de significado omnicompreensivo”); desde una perspectiva comparada, *della Cananea*, in: IPE Bd. III, § 52 Rn. 30 ff. (“un núcleo común”).

[433] En sentido análogo, *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 62 f., en relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

cho⁴³⁴, ante otros sectores del ordenamiento jurídico⁴³⁵, ante otras directrices u “orientaciones normativas” y ante las pretensiones más básicas del Derecho en pro de la justicia.

1. SIGNIFICADO EN EL DERECHO ALEMÁN

En las últimas décadas, los principios generales del Derecho –como figura propia o autónoma del Derecho Administrativo– han ocupado un lugar secundario⁴³⁶, lo cual ha venido en parte motivado por las sucesivas codificaciones del procedimiento administrativo. Estas normas han definido con mayor precisión lo que la jurisprudencia y la doctrina habían elaborado como ideas jurídicas generales, por ejemplo, respecto de la firmeza del acto administrativo o la audiencia del interesado, y las han convertido en institutos de Derecho positivo, ante los que los principios generales del Derecho pasan a un segundo plano. Pero ha sido sobre todo la amplia constitucionalización del Derecho Administrativo, por obra del sistema tempranamente inaugurado por la Ley Fundamental, la que ha traído consigo que importantes principios generales del Derecho –como la proporcionalidad, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la protección de la confianza legítima o la reparación integral del daño– se plasmen en la Constitución, sobre todo en forma de derechos fundamentales o como derivación del principio del Estado de Derecho. Ello no significa, sin embargo, que el trabajo del jurista se haya simplificado sustancialmente, puesto que esas previsiones constitucionales suponen también formulaciones abiertas, que sólo pueden concretarse con la misma cautela que los principios generales del Derecho⁴³⁷.

[434] Sobre todo, en los solapamientos con el Derecho de creación judicial y con la costumbre; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers, *Verwaltungsrecht*, § 2 Rn. 10; *Ruffert*, in: *GVwR* Bd. I, § 17 Rn. 94 ff.

[435] Por ejemplo, en relación con la cuestión relativa a en qué medida el principio de buena fe se aplica en el ámbito del Derecho Administrativo mediante la interpretación analógica del § 242 BGB; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers, *Verwaltungsrecht*, § 2 Rn. 12.

[436] Lo que quiere subrayarse es que el legislador ha llegado a concretar en normas específicas, desde la Constitución a la legislación de procedimiento administrativo, lo que la doctrina y la jurisprudencia habían postulado como principios generales (N. del E.).

[437] *Vid. Rainer Wabl*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Ausgangslage und Gegenwartsproblematik*, in: *FS Württenberger*, S. 823 ff.

El que los principios generales se vean en el Derecho alemán con frecuencia desplazados por las correspondientes previsiones del Derecho positivo no les priva de su condición de fuente del Derecho⁴³⁸. Tampoco resulta acertada la opinión de que los principios generales, aunque sean fuente del Derecho, no constituirían normas jurídicas, por carecer de la “necesaria capacidad de decisión y de un significado concreto”⁴³⁹. En este sentido, ha de reconocerse que los principios generales del Derecho ofrecen un cuadro ambivalente: de un lado, hay principios generales del Derecho que, aun sin formulación escrita, aportan en la práctica parámetros muy precisos⁴⁴⁰. Ello sucede no sólo con el principio de proporcionalidad, sino también con otros, como el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. De otro, sin embargo, no faltan otros principios generales del Derecho cuyo alcance y contenido resultan aún indeterminados.

Algunos principios generales del Derecho presentan un grado de concreción diverso en función del contexto que se considere. Tal es el caso por ejemplo del principio de imparcialidad de la Administración⁴⁴¹, que se encuentra delimitado con gran precisión desde la perspectiva de la abstención de los empleados públicos, en los supuestos de los artículos 20⁴⁴²

[438] En contra, por ejemplo, *Ruffert*, in: *GVwR* Bd. I, § 17 Rn. 97.

[439] En este sentido, *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *Verwaltungsrecht* I, § 25 Rn. 8.

[440] En este sentido, *Maurer*, *Verwaltungsrecht*, § 4 Rn. 29.

[441] *Vid.* fundamentalmente *Fehling*, *Unparteilichkeit*; en clave comparada, *Maier*, *Befangenhheit im Verwaltungsverfahren*.

[442] El art. 20 LPA dispone lo siguiente:

“(1) Una autoridad administrativa no podrá intervenir en un procedimiento administrativo:

1. Cuando sea parte en el mismo;
2. Cuando tenga parentesco con una parte;
3. Cuando sea representante de una de las partes, con carácter general o para el concreto procedimiento, por virtud de la Ley o de apoderamiento;
4. Cuando tenga parentesco con el representante de una de las partes en el procedimiento;
5. Cuando se encuentre al servicio de y sea remunerada por una de las partes, o cuando sea miembro de su Junta, de su Consejo de Administración o de otro órgano equivalente; lo anterior no rige para la persona empleada por la corporación de la que forma parte;
6. Cuando, al margen de su relación de servicio, haya emitido un informe en relación con el asunto o haya intervenido de otra forma.

Se equiparará a las partes a quienes puedan verse beneficiados o perjudicados por la actividad o la decisión. Esta regla no será de aplicación cuando el beneficio o el perjuicio deriven exclusivamente de la pertenencia a un grupo profesional o social cuyos intereses puedan verse afectados de resultados del caso.

(2) El apartado 1 no será de aplicación a las elecciones para un cargo honorífico o para la destitución de cargos honoríficos.

(3) Quien deba considerarse excluido de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 podrá, en caso de peligro inminente, adoptar medidas con carácter de urgencia.

y 21⁴⁴³ LPA⁴⁴⁴. En cambio, resulta dudoso que pueda partirse de un principio general del Derecho del que quepa derivar la prohibición de intervención en los supuestos de “parcialidad institucional” de las autoridades administrativas⁴⁴⁵. La doctrina mayoritaria hasta el momento ha rechazado esa posibilidad⁴⁴⁶. Es plausible, sin embargo, argumentar que desde la perspec-

(4) En el caso de que el miembro de un órgano colegiado (artículo 88) considere que debe abstenerse o tenga dudas en relación con la efectiva concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1, deberá comunicarlo al presidente del órgano colegiado. El órgano colegiado decidirá sobre la exclusión. El afectado no podrá participar en la adopción de dicha decisión. El miembro excluido no podrá intervenir en la subsiguiente instrucción ni en la resolución del procedimiento.

(5) Se considerarán parientes a los efectos de lo establecido en el apartado 1, secciones 2 y 4:

1. El prometido.

2. El cónyuge.

2a. La pareja de hecho.

3. Los parientes en línea directa y por afinidad.

4. Los hermanos.

5. Los hijos de los hermanos.

6. Los cónyuges de los hermanos y los hermanos de los cónyuges.

6a. Las parejas de hecho de los hermanos y los hermanos de las parejas de hecho.

7. Los hermanos de los padres.

8. Las personas a las que estén vinculadas durante un período temporal largo por razón de una relación de cuidado personal con convivencia similar a la de los padres e hijos.

Se considerarán parientes las personas mencionadas en la primera sección, aun cuando:

1. En los casos previstos en las subsecciones 2, 3 y 6, la relación matrimonial ya no exista.

2. En los casos previstos en las subsecciones 2a, 3 y 6a, la relación de hecho ya no exista.

3. En los casos previstos en las subsecciones 3 a 7, el parentesco o la afinidad se hayan extinguido como consecuencia de la adopción del menor.

4. En los casos previstos en la subsección 8, la convivencia ya no se dé, siempre que las personas involucradas continúen vinculadas como padre e hijo.”

[443] El art. 21 LPA dispone lo siguiente:

“(1) En el caso de que exista un motivo que justifique la desconfianza en relación con el ejercicio imparcial de una función oficial o de que ello sea alegado por alguna de las partes, quien deba actuar en un procedimiento administrativo por cuenta de una autoridad administrativa deberá comunicarlo al superior de la autoridad o a la persona por él designada, y, si así lo deciden aquel o esta, abstenerse de participar. En el caso de que la causa de abstención afecte al superior de la autoridad administrativa, la decisión deberá ser adoptada por la autoridad de control, a menos que el superior se abstenga por sí mismo de participar.

(2) El artículo 20, apartado 4, se aplicará por analogía a los miembros de un órgano colegiado”.

[444] *Fehling*, a.a.O., S. 198 ff.

[445] Con esta expresión (“parcialidad institucional”) se alude a aquellos supuestos en que una Administración pueda estar interesada, como lo estaría un particular, en la resolución de un asunto que entra, sin embargo, dentro de su ámbito objetivo de competencia resolver. Por ejemplo, ¿puede una Administración que es competente para otorgar licencias urbanísticas, dictar una licencia para una parcela de su propiedad?, ¿puede una Administración que debe decidir con imparcialidad sobre el impacto de la construcción de una carretera hacerlo, si al mismo tiempo es la entidad promotora del proyecto?

[446] A mayor abundamiento, *Fehling*, a.a.O., S. 241 ff. *Vid.* BVerwG NuR 2013, S. 184 Tz. 20: en todo caso, existe una separación de ámbitos de actuación de las respectivas autoridades administrativas.

tiva más amplia que ofrece el debate en favor de la necesidad de un mayor grado de aceptación por parte de los destinatarios de las decisiones administrativas quepa atisbar una conciencia jurídica reforzada en ese sentido, que en este contexto podría postular la no intervención de la Administración en supuestos flagrantes de parcialidad institucional. Y ello sobre la base de que el liderazgo de la Administración en un Estado de Derecho así lo exige⁴⁴⁷. Se pueden encontrar algunos ejemplos concretos en la legislación sectorial⁴⁴⁸. Cabría, pues, en todo caso reflexionar acerca de en qué medida es posible construir un principio general del Derecho de la imparcialidad institucional sobre la base de una interpretación analógica de la ley.

Los principios generales del Derecho no tienen por qué reconducirse a valores particularmente fundamentales del ordenamiento. Esa ha sido la tónica general en el contexto de la constitucionalización y lo seguirá siendo en el futuro. Sin embargo, los principios generales del Derecho pueden inducirse igualmente a partir de materiales normativos más sencillos, como pudieran ser, por ejemplo, disposiciones de leyes especiales. Por otra parte, además de los principios “generales” del Derecho, cabe hablar también de los principios “especiales” del Derecho, aplicables (inicialmente) tan solo a determinados ámbitos de la parte especial del Derecho Administrativo (como el medio ambiente, la protección de datos o las prestaciones sociales), si bien podrían evolucionar hasta convertirse en principios más generales⁴⁴⁹.

2. SIGNIFICADO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

En contraste con el Derecho Administrativo alemán, los principios generales constituyen una fuente del Derecho que posee una extraordinaria

[447] *Vid. J.-P. Schneider*, in: GVwR Bd. II, § 28 Rn. 35; se muestran críticos *Steinberg/Wickel/H. Müller*, Fachplanung, § 2 Rn. 9 f. En clave jurídico-política, se posiciona a favor de una separación de las autoridades activas frente a los órganos consultivos *Jan Ziekow*, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Gutachten D zum 69. Geburtstag Deutschen Juristentag*, 2012, S. 131 f.

[448] *Vid. igualmente Röhl*, in: GVwR Bd. II, § 30 Rn. 45 (en relación con el Derecho de policía o prevención de riesgos); sobre el derecho a la protección de datos y la en dicho contexto desarrollada “división informativa de poderes”, crítico, *Albers*, in: GVwR Bd. II, § 22 Rn. 95.

[449] *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 98.

significación en el Derecho de la Unión Europea⁴⁵⁰ desde los Tratados fundacionales que hicieron expresa referencia a ellos⁴⁵¹. Hoy en día ocupan, de acuerdo con en el artículo 6.3 TUE⁴⁵², una posición destacada en la garantía de los derechos fundamentales. Esa disposición evoca “el esencial desarrollo de los derechos fundamentales impulsado por el Tribunal de Justicia hasta su caracterización como principios generales del Derecho Comunitario (luego, de la Unión Europea)”⁴⁵³. De igual modo, importantes institutos del Derecho Administrativo deben mucho a esta jurisprudencia, que –a partir de la sentencia del asunto *Algera*⁴⁵⁴– ha servido para colmar lagunas y para la formulación por vez primera de diversas reglas imprescindibles para la configuración de un Derecho Administrativo basado en los fundamentos del Estado de Derecho⁴⁵⁵: junto a principios como los de proporcionalidad, legalidad, protección de la confianza legítima y vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho⁴⁵⁶, se hallan los relativos al procedimiento administrativo y a la construcción de instituciones jurídicas ya existentes, como la revocabilidad de los actos administrativos⁴⁵⁷. De forma temprana alcanzó una posición preeminente la garantía de la tutela judicial efectiva,

[450] Se expresa categóricamente *Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. LII: los principios generales del Derecho Administrativo “como núcleo del Derecho Administrativo europeo”; en el mismo sentido, *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*, § 9 Rn. 31: “función enormemente importante”.

[451] Art. 215 TCEE (art. 340 TFUE): responsabilidad extracontractual de la Unión “de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros”.

[452] “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

[453] En este sentido, *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUUV*, Art. 6 EUV Rn. 3; *vid. Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*, § 17 Rn. 12 ff.

[454] El asunto *Algera*, Sentencia del TJUE de 12 de julio de 1957, as. acumulados 7/1956 y 3 a 5/1957, estableció, en lo que aquí importa, que, ante una laguna en el Derecho de la Unión que afectaba a las capacidades jurídicas de la Administración común, el Tribunal podría acudir a los Derechos de los Estados miembros en busca de una regulación común. En el caso, a falta de una regla sobre la posibilidad de revisar de oficio un acto ilegal, estima que del conjunto de las regulaciones en los Estados miembros se desprende que la Administración puede revisar un acto ilegal siempre que lo haga en un plazo razonable.

[455] *Vid. von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 168 ff.; *Terhechte*, in: *Terhechte*, *Verwaltungsrecht der EU*, § 7 Rn. 12 y 19 ff.

[456] En detalle, *Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 193 ff., 661 ff., 843 ff. y LXXII ff.

[457] *Schwarze*, *ebd.*, S. 956 ff.

hoy consagrada en el artículo 47 CDFUE⁴⁵⁸. Una transposición similar, a partir de la adopción del Tratado de Lisboa, puede observarse también en relación con otros principios generales del Derecho.

(a) *Destinatarios obligados y rango normativo*: los principios generales del Derecho de la Unión Europea no solo vinculan a los órganos e instituciones de la Unión, sino también a los Estados miembros. No obstante, se debate en qué ámbitos y con qué alcance estos principios pueden limitar a los Estados a la hora de configurar su propio Derecho Administrativo nacional⁴⁵⁹. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, habitualmente favorable a la integración europea, se muestra contraria también aquí a una posición sustentada en la subsidiariedad y en la autonomía de los Estados miembros. En nuestra opinión, debería adoptarse, sin embargo, una comprensión más matizada sobre la base del artículo 51 CDFUE⁴⁶⁰, que, como es sabido, resuelve la cuestión en lo relativo a los derechos fundamentales de la Unión consagrados en la propia Carta, en su mayor parte deducidos de los principios generales del Derecho⁴⁶¹.

Al igual que en Alemania, los principios generales del Derecho de la Unión se encuentran en mayor o menor medida conectados con los valores jurídicos fundamentales. Algunos de ellos, como, por ejemplo, la garantía de una tutela judicial efectiva o el principio de proporcionalidad, pueden identificarse como “contenidos constitucionales del Derecho Administrativo europeo”⁴⁶². En otros casos, los valores fundamentales constituyen el trasfondo, pero su desarrollo y concreción tiene lugar a través de diversos

[458] Sobre la cuestión, *vid. Hans D. Jarass*, Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte, NJW 2011, S. 1393 ff.; asimismo, *vid. infra*, tercer apartado, III.2.

[459] *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 9 Rn. 47 ff., con una exposición crítica de la jurisprudencia favorable a la integración del Tribunal de Justicia.

[460] El artículo 51 CDFUE dispone, bajo el título “Ámbito de aplicación”, que: “1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.

[461] Es decir, “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

[462] En este sentido, *F. C. Mayer*, in: *Terhechte, Verwaltungsrecht der EU*, § 8 Rn. 50 ff.

pasos intermedios⁴⁶³. Estos pasos vienen determinados por razones prácticas de la realidad administrativa; y en su caso asimismo se infieren del análisis comparado capaz de evaluar los Derechos Administrativos nacionales⁴⁶⁴. En consecuencia, los principios generales del Derecho se pueden manifestar en forma abstracta como directriz para la toma de decisiones, y como determinaciones precisas⁴⁶⁵, lo cual tiene también sus consecuencias sobre el *rango* de las fuentes del Derecho, particularmente complejo en el Derecho de la Unión⁴⁶⁶. Habida cuenta de la diversidad de grados de compactación o densidad de los principios, aquí podrá tan solo ofrecerse una primera aproximación, que habrá de ser precisada a través del análisis específico de cada uno de los principios jurídicos⁴⁶⁷. A título orientativo se propone la siguiente distinción⁴⁶⁸: si el contenido de los principios generales del Derecho se plasma en normas de Derecho originario, éstos adquirirán el rango del Derecho originario escrito y primarán sobre las normas de Derecho derivado escrito; si, por el contrario, se trata de formulaciones de “naturaleza jurídico-administrativa”, poseerán tan solo rango de Derecho secundario y serán modificables por normas dotadas de dicha fuerza.

(b) Para seguir avanzando y poder hacer las diferenciaciones necesarias en el terreno de los principios generales, ha de advertirse una premisa o punto de partida, que se localiza en el *derecho a una buena administración*, proclamado en el artículo 41 CDFUE⁴⁶⁹. La significación real de tal derecho podría antojarse un tanto vaga, dado que la misma no separa con precisión los parámetros jurídicos de los metajurídicos, como intenta hacer la doctrina alema-

[463] Así, si nos centramos en el artículo 41. 2 de la CDFUE, mientras el derecho a la audiencia (mencionado en la letra “a” de dicho precepto) constituye un valor fundamental y pertenece a los “principios constitucionales del Derecho Administrativo europeo” que se citan en el texto principal, el derecho de acceso al expediente (recogido en la letra “b” del mismo precepto), aunque se deriva también de un valor fundamental, sólo adquiere un contenido determinado en cada caso concreto, cuando se consideran otros aspectos como, por ejemplo, las exigencias de confidencialidad o la protección de los secretos profesionales. A ello nos referimos cuando hablamos de “pasos intermedios” en la concreción de estos derechos.

[464] *Neidhardt*, Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts.

[465] Así, *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 98, en relación con el Derecho alemán.

[466] Desde una perspectiva general, *Ruffert*, ebd., Rn. 30 ff.

[467] En este sentido, ya *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 66 ff.

[468] En este sentido, *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 10 Rn. 37 en conexión con § 9 Rn. 40 ff.

[469] Sobre el contenido de este precepto, véase la nota 252.

na⁴⁷⁰. Con todo, es posible identificar algunos puntos de contacto con el pensamiento jurídico que sustenta la doctrina alemana. En tal sentido, se ha señalado con acierto que el “derecho a una buena administración” remite a una concepción que le atribuye al Derecho Administrativo “una doble función” o cometido^{471 472}. La historia de la redacción del artículo 41 CDFUE y su tenor literal dan además muestras de cuán estrechamente ligados se encuentran el derecho a una buena administración y la formación de los principios jurídicos de contenido procedimental. Los derechos mencionados a título de ejemplo en el apartado 1º del artículo 41 (audiencia, acceso al expediente, motivación) son un producto característico de la evolución jurisprudencial de los principios generales del Derecho⁴⁷³.

Su avance y construcción seguirán adelante y no debieran agotarse en las exigencias propias de la política administrativa (*good governance*). En todo caso, el artículo 41 de la Carta no es una disposición programática, sino una auténtica norma jurídica. Las referencias que contiene el apartado 1º del precepto (“imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”) son de tal amplitud que requieren una mayor precisión más allá del caso concreto. A dicha tendencia no podrán sustraerse los ordenamientos administrativos de los Estados miembros, aun cuando el artículo 41, a diferencia de los demás derechos reconocidos por la Carta (artículo 51), se dirija exclusivamente a la Administración de la Unión. Esto es evidente respecto del Derecho Administrativo que tiene por objeto la cooperación interadministrativa en los distintos niveles de gobierno.

Para una mejor concreción del derecho a una buena administración es frecuente la remisión a los códigos que los órganos de la Unión se han dado a sí mismos, especialmente el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa del Defensor del Pueblo Europeo⁴⁷⁴. Tales declaraciones no son,

[470] *Vid.* la caracterización de la *good administration* como *framework concept* en *Hofmann/Rowe/Türk*, *Administrative Law*, S. 190 ff., con ulteriores referencias.

[471] Sobre la doble función del Derecho Administrativo, véase la nota 609.

[472] En este sentido, *Pavlos-Michael Efstratiou*, *Der Grundsatz der guten Verwaltung als Herausforderung an die Dogmatik des nationalen und europäischen Verwaltungsrechts*, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, S. 281 (286 f.).

[473] *Nöbmer*, *Das Recht auf Anhörung im europäischen Verwaltungsverfahren*, S. 22 ff.; con ulteriores referencias, asimismo, *Schmidt-Aßmann*, in: *GVwR* Bd. II, § 27 Rn. 29f.

[474] Un análisis detallado puede consultarse en *Efstratiou*, a.a.O., S. 281 (289 ff.).

por sí mismas, fuente del Derecho de la Unión, y ni siquiera constituyen una interpretación auténtica de las garantías introducidas en la Carta. Sus disposiciones solo adquieren la cualidad de normas jurídicas, si se plasman en el Derecho positivo o terminan por elevarse a la categoría de principios generales del Derecho no escritos. Por lo demás, estas ofrecen “otras orientaciones normativas” que pueden convertirse en normas jurídicas, si la legislación o la jurisprudencia las asumen como tales. Lo dicho es igualmente predicable, siempre en el ámbito de la buena administración (*good administration*), de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, elaborada, claro está, en otro contexto jurídico, pero que puede ser pese a ello tomada en consideración para la clarificación material del principio⁴⁷⁵. Sin embargo, sin una “densificación” normativa no se avanza en ninguno de los dos casos. El artículo 41 CDFUE subraya, de esta forma, por un lado, la apertura y elasticidad de la teoría de las fuentes del Derecho, no solo frente a las exigencias fundamentales de la justicia, sino también ante las posibilidades que ofrece la cultura administrativa. Pero, además, pone de manifiesto la necesidad de una “densificación”, si se pretende que esas consideraciones se conviertan en realidad. Si falta por completo un punto de conexión con el Derecho escrito, los principios generales del Derecho pueden tan solo caracterizarse como Derecho consuetudinario o, en su caso, como Derecho de creación judicial⁴⁷⁶.

3. LAS FUNCIONES DE PUENTE O DE CONEXIÓN QUE CUMPLEN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

¿Cómo operan los principios generales del Derecho, si nos situamos en la clave de los postulados de la ciencia de la dirección? En comparación con otras fuentes del Derecho, en particular con la ley parlamentaria como instrumento típico de dirección política, los principios generales producen la impresión de ser un elemento que ralentiza⁴⁷⁷. Es cierto que los principios generales no producen una acción rápida; sin embargo, no debe subestimarse su fuerza innovadora, puesto que los valores en que consisten impregnan no sólo los institutos jurídicos en singular, sino

[475] Recommendation CM/Rec (2007) 7 de 20 de junio de 2007 on good administration; en relación con otras recomendaciones, *vid. Schmidt-Abmann*, a.a.O., Rn. 41.

[476] *Eblers*, in: Erichsen/Ehlers, *Verwaltungsrecht*, § 2 Rn. 13.

[477] *Ruffert*, in: *GVwR Bd. I*, § 17 Rn. 107 f.

todo el ordenamiento jurídico-administrativo. Esto explica, por ejemplo, que la doctrina internacionalista considere los principios generales como instrumento para el progreso del Derecho⁴⁷⁸. Si los analizamos con precisión, cabe descubrir en tales principios una triple *función de puente o conexión*:

– Expresan las *ideas fundamentales de la justicia*, los valores axiológicos de base, que rigen en la sociedad, tal y como se hallan proclamados principalmente en los textos constitucionales (Ley Fundamental, Tratados del Derecho de la Unión, CEDH y otros pactos internacionales en la materia);

– Sintetizan *normas de Derecho positivo especial* (legislación sectorial del Derecho Administrativo, Derecho derivado de la Unión Europea, reglamentos de las organizaciones internacionales), que pueden evaluarse en su fundamento y utilizarse por vía analógica para la formulación de nuevos principios jurídicos;

– Ponen de manifiesto una *praxis* y una *cultura administrativas*, es decir, unas normas bien establecidas y unas expectativas actuales sobre lo que ha de ser una “buena administración”.

Los principios generales del Derecho ocupan, en definitiva, un ámbito sin duda relevante dentro de la teoría de las fuentes del Derecho. Más allá de la trascendencia práctica que puedan tener para colmar las lagunas jurídicas, cumplen una función capital como piedra angular en la construcción sistemática del Derecho⁴⁷⁹. También los retos que se presentan para el Derecho Administrativo en el contexto de un sistema multinivel de gobierno pueden ser, con toda probabilidad, encarados de forma óptima mediante la formación de los principios generales del Derecho⁴⁸⁰. Así sucede, de una parte, respecto de la formulación de principios generales “paralelos” para los distintos niveles de gobierno, formulación esta ya muy avanzada en lo que respecta al Derecho nacional y europeo⁴⁸¹. De

[478] *Vid.* Rüdiger Wolfrum, General International Law (Principles, Rules and Standards), in: Max Planck EPIL, apdo. B.4.(b): “Principles as mechanisms for a progressive development of International Law”.

[479] *Ossenbühl*, in: FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, S. 289 (297).

[480] Hoy en día, los principios generales del Derecho son relevantes en todos los niveles de gobierno. *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 96.

[481] Gráficamente, *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, *passim*; en los últimos tiempos, *vid.* las contribuciones en IPE Bd. V; una síntesis en *Sommermann*, *ibd.*, § 86. Sobre la ampliación al Derecho Administrativo Internacional, sector aún en construcción, *Eberhard Schmidt-Alßmann*,

otra, sin embargo, esa proyección resulta particularmente importante a la hora de organizar la interacción y cooperación entre los distintos niveles, es decir, de cara a establecer las reglas de una *dogmática coherente*, que sea capaz de hacer realidad de modo adecuado la flexibilidad y la estabilidad, la apertura a la integración y la autonomía de los ordenamientos jurídicos intervinientes⁴⁸².

En términos generales, los principios generales ponen de manifiesto la *dimensión del Derecho en favor de la eficacia*⁴⁸³. Es esta una dimensión que se observa con mayor fuerza en el caso del Derecho de la Unión que desde la perspectiva tradicional del Derecho alemán⁴⁸⁴. Ha de notarse, en ese sentido, que el principio de eficacia (efecto útil o *effet utile*) se ha erigido en uno de los principios generales del Derecho de la Unión de mayor influencia⁴⁸⁵. En virtud de este principio interpretativo del efecto útil o *effet utile*, extraído del Derecho Internacional convencional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se decantó ya en fechas tempranas por esta premisa de partida, metodológicamente operativa, con el propósito de sentar criterios interpretativos propios del Derecho Comunitario⁴⁸⁶. La centralidad de la eficacia del Derecho se impone con especial evidencia en ordenamientos jurídicos contruidos sobre una pluralidad de niveles, porque su particular estructura trae consigo el surgimiento de dificultades adicionales a los problemas normales de ejecución o aplicación del Derecho. Ahora bien, la idea que subyace a la eficacia del Derecho se halla en todo caso igualmente presente en los demás ordenamientos jurídicos. Ello

Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, Staat Bd. 45 (2006), S. 315 (334 f.); asimismo Anthony/Auby/Morison/Zwart (eds.), *Values in Global Administrative Law*.

[482] Desarrollada, como elemento de un “Derecho pluridimensional de normas de conflicto administrativas”, por *Ladueur*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, S. 795 (810 ff.).

[483] Sobre el sentido de la eficacia del Derecho en el pensamiento del autor, véase el capítulo primero de *La teoría del Derecho Administrativo como sistema*, en particular los números marginales 33 y ss. y 2/20-31); asimismo, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma”, en *Innovación y reforma*, 2.0, cit., pp. 27 y ss. (N. del E.).

[484] *Vid. Schmidt-Abmann*, capítulo segundo de *La Teoría general del Derecho Administrativo*, cit. En alemán, *Ordnungsidee*, 2. Kap. Tz. 20 ff.; el mismo autor, in: *GVwR* Bd. II, §27 Rn. 91 ff.

[485] *Ruffert*, in: *GVwR* Bd. I, § 17 Rn. 105.

[486] *von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 167 f.

se refleja en la *doble función del Derecho Administrativo*⁴⁸⁷, a saber: proteger los derechos de los ciudadanos y facilitar que la Administración cumpla con efectividad las tareas que se le encomiendan⁴⁸⁸.

IV. EXCURSO: EL *SOFT LAW* (DERECHO BLANDO O INDICATIVO) EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cualquiera que se preocupe por que el Derecho sea fiable y sólido podría pensar que el régimen del Derecho blando o indicativo resulta poco comprensible o atractivo desde el punto de vista conceptual, en particular en el contexto de las fuentes del Derecho. Sin embargo, hemos de ser cautelosos con esa primera impresión. De entrada, como es obvio, el campo de la investigación científica no se puede definir sobre la base de simpatías o antipatías. Si el *soft law* desempeña alguna función en la realidad administrativa y produce, o pretende imprimir en dicho contexto cierta dirección o impulso, la dogmática del Derecho Administrativo deberá ocuparse del mismo. Y, en ese sentido, en primer lugar, habrán de identificarse con mayor precisión cuáles son las diversas manifestaciones y formas de desencadenar esa capacidad de dirección que posee el Derecho blando. A estas primeras precisiones de las que ha de ocuparse la dogmática se añade el tema de en qué medida resulta legítima en términos jurídicos esa pretensión de dirigir las conductas a la que aspira el Derecho blando. Sólo sobre esta base podrá determinarse si, y hasta qué punto, el Derecho blando puede encontrar acomodo en una teoría policéntrica de las fuentes del Derecho.

1. MANIFESTACIONES EN LA PRÁCTICA

Para identificar las diversas modalidades que presenta el Derecho blando lo mejor es comenzar a nivel internacional⁴⁸⁹. En este contexto, muestra múltiples manifestaciones y resulta particularmente influyente desde diver-

[487] *Vid.* nota 609.

[488] Con consideraciones adicionales, *Zacharias*, in: IPE t. IV, § 72 Rn. 121 ff.

[489] En lo sucesivo, *Knauff*, *Regelungsverbund*, S. 257 ff.

sas perspectivas⁴⁹⁰. En este sector del ordenamiento, en efecto, no se tiende a pensar que el Derecho blando constituya una patología –no es sospechoso de incurrir en una suerte de desviación de la ortodoxia–, puesto que entre las fuentes reconocidas del Derecho Internacional tan sólo una parte resulta vinculante y, por ese motivo, el Derecho Internacional se encuentra abocado al empleo de fórmulas blandas para su transposición. Las resoluciones de las organizaciones internacionales desempeñan un papel importante en este sentido, en tanto que, aun cuando no sean vinculantes jurídicamente, pueden, sin embargo, incidir de forma relevante en tantos ámbitos: desde la protección de los derechos humanos, hasta el ejercicio de la discrecionalidad en casos concretos por parte de las autoridades administrativas nacionales. Más relevantes aún en el ámbito del Derecho Administrativo son los estándares que las autoridades nacionales acuerdan a nivel internacional y que luego se han de transponer en los ordenamientos internos⁴⁹¹. Un ejemplo de dicha forma de coordinación transnacional son las normas indicativas en materia de supervisión de los mercados financieros, o el Derecho de la Competencia, que se elaboran en el marco de redes informales en las que participan las autoridades nacionales. Su eficacia práctica apenas se diferencia de la propia del Derecho vinculante⁴⁹².

También en el *Derecho de la Unión Europea* es posible identificar múltiples manifestaciones de Derecho blando⁴⁹³, que constituye un instrumento de actuación flexible al que las instituciones, especialmente la Comisión, no parece que puedan renunciar⁴⁹⁴. Las denominaciones son variadas: comunicaciones, declaraciones, directrices. No obstante, el nombre por sí mismo poco dice sobre la capacidad de dirección a la que se aspira en cada caso. En la doctrina se han ensayado diversas clasificaciones sobre la base de criterios

[490] *Vid. Daniel Thürer*, “Soft Law”, in: Max Planck EPIL, apdo. F: “a complex of norms lacking binding force, but producing significant legal effects nevertheless”.

[491] *Hans Christian Röhl*, Internationale Standardsetzung, in: Möllers/Voßkuhle/Walter, Internationales Verwaltungsrecht, S. 319 ff.; *Oliver Lepsius*, Standardsetzung und Legitimation, ebd., S. 345 ff.; ulteriores precisiones en *Knauff*, Regelungsverbund, S. 285 ff.

[492] En este sentido, *Möllers*, en GVwR Bd. I, § 3 Rn. 32; *vid. igualmente Schmidt-Aßmann*, ebd., § 5 Rn. 45.

[493] *Knauff*, Regelungsverbund, S. 296 ff. Lo califica de “acto jurídico formalmente no vinculante” *Szczekalla*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 5 Rn. 52 y ss.; en sentido análogo, *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 246 ff.

[494] En este sentido, *Jürgen Schwarze*, Soft Law im Recht der Europäischen Union, EuR 2011, S. 1 ff.

funcionales⁴⁹⁵. Una modalidad utilizada con frecuencia son las directrices que la Comisión adopta en ámbitos tales como las ayudas de Estado o el Derecho de la Competencia⁴⁹⁶. La jurisprudencia ha debido pronunciarse al respecto en numerosas ocasiones⁴⁹⁷. Los casos analizados ponen de manifiesto las dificultades para definir cuáles son los efectos directivos que se pretenden con el Derecho blando, enmarcados como están entre la autovinculación que este supone para la Administración, la injerencia que puede generar en sus destinatarios y la confianza legítima que suscita. Se entienden esas dificultades cuando el Derecho blando guía los procesos decisorios y en éstos han de tenerse en cuenta los distintos intereses de las autoridades nacionales y de los actores privados participantes. Otras dificultades surgen cuando se traza la línea divisoria entre las diversas manifestaciones del Derecho blando y las fuentes del Derecho formalmente reconocidas. En este sentido, las recomendaciones y los dictámenes, calificados *ex articulo* 288 TFUE como actos “no vinculantes”⁴⁹⁸, se incluyen expresamente entre los actos jurídicos de la Unión, aunque no difieren, en lo que hace a sus efectos directivos indirectos, de los actos que se consideran Derecho blando.

Los problemas continúan cuando se estudian las manifestaciones del Derecho blando en el *ordenamiento alemán*. Naturalmente, también en este ordenamiento como en tantos otros se encuentran declaraciones y directrices de la Administración que carecen de carácter jurídicamente vinculante, si bien es cierto que gozan de una cierta consideración en el tráfico jurídico en cuanto que poseen un alcance general y abstracto, que excede del caso concreto. En otras palabras, son algo más que un programa político o una declaración de intenciones: conceptos, directrices, planes informales. El ejemplo más relevante que cabría calificar (de acuerdo con la concepción tradicional) como Derecho blando son las disposiciones administrativas internas, aunque con el paso del tiempo han adquirido una clara naturaleza de norma jurídica con toda una graduación de efectos jurídicamente vinculantes. Pese a que siga habiendo alguna controversia sobre aspectos singulares, hoy día estas

[495] *Vid. Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, S. 344 ff., con cita del estudio de *Senden*, Soft Law in European Community Law.

[496] *Röhl*, in: GVwR Bd. II, § 30 Rn. 76 ff.; *A. Glaser*, Handlungsformen, § 13 C.

[497] *Vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, as. C-226/11, EuZW 2013, S. 113 (115 Tz. 30); *Albrecht von Grävenitz*, Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung, EuZW 2013, S. 169 ff.

[498] “Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”, afirma el último párrafo del referido precepto, ubicado en la sección primera sobre los “actos jurídicos de la Unión”.

disposiciones forman parte de la teoría de las fuentes del Derecho⁴⁹⁹. Otro tanto cabe decir de los planes de ordenación del territorio o de protección de la atmósfera: su calificación como expresión de Derecho blando ya no puede considerarse correcta hoy día.

2. SOBRE LA FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO BLANDO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El balance de las diversas expresiones del Derecho blando o indicativo confirma la percepción que también se tiene en el terreno de la denominada actividad informal de la Administración⁵⁰⁰. Y es que la acción administrativa que se lleva a cabo sin seguir un formato preestablecido y sin un perfil con unos contornos dogmáticamente definidos forma parte igualmente de la normalidad del administrar, sin que deba considerarse una patología (como si se tratara de una suerte de “desformalización” llamada a ser corregida)⁵⁰¹. Es claro que un Derecho Administrativo que aspire a la efectividad de sus normas⁵⁰² ha de tener en cuenta los medios formales e informales⁵⁰³ de actuación como opciones válidas y positivas, y a los que quepa recurrir en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa para hacer frente a la situación de que se trate⁵⁰⁴. Desde luego, los riesgos que el Derecho blando presenta tampoco deben pasar inadvertidos. Piénsese en la eventual inobservancia del orden de distribución de competencias, en la erosión de la capacidad de influencia que corresponde al parlamento o en las restricciones de los derechos de libertad. En la medida en que el Derecho blando aspira a dirigir y a conformar situaciones que exceden del caso concreto, es

[499] *Vid. infra*, 2.A.II.2.

[500] *Infra* capítulo segundo siguiente.

[501] Sobre ello, *vid. infra*, 2.B.

[502] Y esa es desde luego una aspiración de la nueva dogmática del Derecho Administrativo, como se reitera, a modo de hilo conductor, en el presente libro, y se postula en el movimiento de reforma científica. Véanse las notas 294 y 483 (N. del E.).

[503] Formal o informal aquí tienen aquí un sentido específico, equivalente a jurídicamente “regulado” o “no regulado”, como se abunda en el capítulo segundo siguiente sobre los actos (jurídicos) formales y las actividades informales de la Administración. Formalizar significa, pues, “juridificar” (N. del E.).

[504] *Vid. Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, S. 342 ff.: el *soft law* como caso de aplicación de la *regulatory choice*.

evidente que esos peligros son mayores que cuando la acción administrativa no tiene otro objeto que determinar la solución de un supuesto singular.

Para conjurar esos riesgos se ha propuesto que el Derecho blando o indicativo pueda asociarse de algún modo con el Derecho duro o imperativo. Así se ha expresado de forma convincente Matthias Knauff. Y para ello se ha servido del concepto de “alianza reguladora” o “regulación compartida”⁵⁰⁵ entre el Derecho y el Derecho blando^{506 507}. Esa “compartición” o “asociación” no es sinónimo de “formalización”⁵⁰⁸ o de “conversión” en Derecho imperativo. De lo que se trata, más bien, es de atribuirle al Derecho blando una función de técnica reguladora propia y diferenciada, aunque garantizando, eso sí, que se someta en su aplicación a ciertas exigencias jurídicas básicas, en particular al principio de Estado de Derecho y a los derechos fundamentales⁵⁰⁹. El Derecho se considera una “forma de regulación y de dirección”⁵¹⁰ de la sociedad, a la que se le concede la primacía, pero no el “monopolio de la regulación”. En este contexto, en el que se concibe el Derecho blando como un fenómeno *global* y, en este sentido, *general*, se ha logrado así un modelo explicativo satisfactorio y equilibrado, capaz de dar cobertura a las diferentes concepciones de Derecho blando que se han desarrollado en los ordenamientos nacionales, europeo e internacional, sin caer en una excesiva “juridificación”, evitando así una sobrecarga de exigencias para su formulación.

[505] La traducción literal de la expresión alemana (*Regelungsverbund*) se queda corta. El término de base –asociación (*Verbund*)–, al igual que cuando se aplica a otros ámbitos (como el procedimiento o la organización administrativos), evoca la idea de “composición”, “compartición” o “integración compleja”, donde se da una cierta unidad de fines, sin que las distintas partes que componen el conjunto se disuelvan. Aquí, pues, cabría hablar de una “regulación compuesta” o “regulación compartida” (N. del E.).

[506] Se alude a la relación entre el Derecho imperativo y el Derecho indicativo o *soft law*, que permita conjurar los riesgos antes aludidos. Seguidamente explica a qué tipo de relación o conexión hace referencia (N. del E.).

[507] *Knauff*, *Regelungsverbund*, S. 396 ff.

[508] Formalizar aquí, de nuevo, quiere decir “juridificar” o “regular”, del mismo modo que están regulados otros actos jurídicos vinculantes, como la ley. Quiere decirse que el tratamiento adecuado del Derecho indicativo no pasa por una regulación cerrada y acabada de cada una de sus manifestaciones, como lo pueden estar otras fuentes (N. del E.).

[509] *Knauff*, *ebd.*, S. 417 ff. y 469 ff.

[510] En este contexto, cuando el autor habla de Derecho quiere aludir, como es evidente, al Derecho “normal”, esto es, al Derecho imperativo o vinculante (N. del E.).

Este modelo explicativo basado en la “asociación” del Derecho blando no excluye, sin embargo, que a algunas de sus manifestaciones o variantes le puedan ser exigibles requisitos jurídicos más estrictos y que en consecuencia esas expresiones concretas de Derecho blando lleguen a construirse como verdaderos actos jurídicos. Estas consideraciones se mueven ya en un plano menos abstracto y se proyectan sobre específicas manifestaciones de Derecho blando. Ha de notarse en ese sentido que el concepto general de Derecho blando, en relación con esas manifestaciones concretas, no añade por sí mismo valor conceptual alguno. En efecto, son muy diferentes las funciones que cumple el Derecho blando en cada uno de los círculos jurídicos en los que se utiliza. Y también lo es el respectivo entorno jurídico en el que se mueve. Donde adquiere la categoría de Derecho blando una significación propia y autónoma es en el plano del Derecho Internacional. En el propio Derecho de la Unión Europea, en cambio, la diversidad jurídica ha ido tan lejos que se hace necesario retomar las distintas manifestaciones de Derecho blando para asignarle a cada una los requisitos que le correspondan en cada caso en función del procedimiento administrativo, de la legitimación democrática y de la tutela judicial. Aquí ha de tenerse en cuenta el deber de adecuación⁵¹¹ de la teoría de las fuentes del Derecho⁵¹². Lo dicho es predicable aún en mayor medida del Derecho nacional. El concepto de Derecho blando, con su estricta distinción entre Derecho y no Derecho, apenas es capaz de captar ese potencial diferenciador⁵¹³. Entretanto, se han producido avances respecto de algunas clases o tipos específicos (“directrices”, “disposiciones administrativas internas”).

Como tal, el Derecho blando no es, consiguientemente, una nueva fuente del Derecho y no se integra en la teoría de las fuentes del Derecho⁵¹⁴, pero constituye un *campo de observación* que se sitúa en la misma frontera entre la actuación formalizada y la actuación informal⁵¹⁵. Deviene, así, particularmente necesario analizar estas cuestiones con atención, ya que el *soft*

[511] Sobre el deber de adecuación, véanse las notas 339 y 343.

[512] *Vid. supra*, A.II.3.

[513] En este sentido, *Bast*, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 489 (515 f.).

[514] En sentido análogo, *Ruffert*, in: *GVwR* Bd. I, § 17 Rn. 79.

[515] *Vid. infra* capítulo segundo. Sobre esta expresión “formal” e “informal” véanse también las notas 505 y 510 (N. del E.).

law aspira a ejercer un grado de dirección y conformación mucho más incisivo que la acción administrativa informal ordinaria, orientada, por así decirlo, a la resolución de casos individuales⁵¹⁶.

C. CONTEXTOS DE REGULACIÓN Y CUESTIONES DE PRELACIÓN NORMATIVA⁵¹⁷

Las fuentes del Derecho en singular no constituyen compartimentos estancos en el seno de la teoría de las fuentes, sino que se encuentran entrelazadas y conforman un conjunto o contexto interactivo a los efectos de la regulación^{518 519}. Tradicionalmente, las relaciones entre las distintas fuentes han sido estudiadas desde la perspectiva de la “prelación normativa” dentro del sistema de fuentes, esto es, a la luz del orden de prelación de las diferentes fuentes del Derecho entre sí en el seno de un ordenamiento determinado, así como de las relaciones entre los diversos ordenamientos en los sistemas multinivel. Si la configuración y el tratamiento preciso de cada una de las clases de fuentes del Derecho constituye la primera cuestión a resolver, la segunda y fundamental es la atribución de su lugar en la prelación dentro del sistema⁵²⁰. También aquí se trata de hacer dogmática, de establecer las condiciones y el marco constitutivo, y de revisar los criterios tradicionales.

La doctrina administrativa clásica de las fuentes del Derecho gira en torno al principio de jerarquía, que, a su vez, se basa en la legitimación de los centros de las que estas emanan y cuya plasmación o anclaje constitucional se halla en los artículos 20.III y 31 LF⁵²¹. Un sistema jerárquico ofrece

[516] *Vid. infra*, 2.B.I.

[517] La dogmática propuesta en esta obra insiste en poner las instituciones en su contexto, entendido como algo dinámico e interactivo, en el que las partes que lo integran mantienen relaciones variables. Lo mismo se sugiere en relación con las clases de actividades administrativas (capítulo segundo) o las organizaciones administrativas (Parte Tercera) (N. del E.).

[518] *Vid.* la nota anterior. La expresión alemana (*Regelungszusammenhänge*) evoca la idea de contexto o conjunto integrador. Se entiende que se alude con ello al conjunto interactivo que a los efectos de la regulación forman todas las fuentes del Derecho. Sobre ello se abunda seguidamente (N. del E.).

[519] *Ruffert*, in: *GVwR* Bd. I, § 17 Rn. 26 ff. y 171 ff.; en sentido análogo, *Knauff*, *Regelungsverband*, S. 104 ff. y 136 ff.

[520] *Schilling*, *Rang und Geltung*, S. 394 ff.

[521] Artículo 31 LF: “El Derecho federal deroga el derecho de los *Länder*”.

decisiones normativas claras⁵²². Su fuerza se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en los recientes esfuerzos por ordenar en clave jerárquica el conjunto de actos jurídicos de Derecho originario y derivado de la Unión Europea⁵²³. Las cuestiones de poder que subyacen a todos los problemas relacionados con el rango normativo parecen resolverse de un modelo sencillo, plausible y neutral de la mano del principio de jerarquía.

Sin embargo, un análisis más detenido revela que la representación de un sistema de fuentes basado exclusivamente en la jerarquía no era tan fácil de mantener ni siquiera en el pasado; y en la actualidad parece aún menos probable que pueda servir como un esquema preciso y riguroso para resolver los problemas. El principio de jerarquía proporciona una primera orientación, pero sufre quiebras puntuales y limitaciones. Así se pone de manifiesto con especial evidencia en relación con la importante cuestión de la primacía del Derecho de la Unión Europea, primacía que (tan solo) se produce en el plano aplicativo⁵²⁴, sometida además a ciertas reservas, formuladas por la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros⁵²⁵. Igualmente notables son las incertidumbres que genera el tema de las relaciones del Derecho Internacional con el Derecho nacional (alemán), de un lado, y con el Derecho de la Unión Europea, de otro⁵²⁶.

La perspectiva de la jerarquía no puede en modo alguno agotar la interacción entre las diferentes fuentes del Derecho, relacionadas entre sí en un contexto de regulación más amplio. Si bien es cierto que el principio de jerarquía se sitúa en el núcleo de la dogmática de las fuentes, no lo es menos, sin embargo, que puede llevar fácilmente a una visión reduccionista del

[522] Es decir, el principio de jerarquía permite establecer una prelación clara y determinar con facilidad la norma aplicable (N. del E.).

[523] *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*, § 10 Rn. 37 ff.; *Christian Meurs*, *Normenhierarchien im europäischen Sekundärrecht*, 2012.

[524] La doctrina española habla en igual sentido de *preferencia aplicativa* del Derecho de la Unión, que no contradice la *supremacía de la Constitución*. Véase el informe del Consejo de Estado español sobre modificaciones de la Constitución española, de febrero de 2006. La superior jerarquía de una de las dos normas en juego no da solución al problema; ha de asegurarse una coherencia estructural entre ambos ordenamientos (N. del E.).

[525] *Oppermann/Classen/Nettesheim*, ebd., Rn. 15 ff. *Vid. infra*, II.

[526] *Vid. Knauff*, *Regelungsverbund*, S. 206 ff. Sobre la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea, véase también *Fischer-Lescano/Renner*, in: *Terhechte*, *Verwaltungsrecht der EU*, § 10 Rn. 53 f.

sistema, desconociendo en consecuencia la capacidad de dirección y configuración que encierra la teoría de las fuentes. En particular, es necesario abandonar la idea de que aquí tan solo se trata de relaciones derivadas que operan exclusivamente de “arriba” hacia “abajo”. Por el contrario, debe prestarse igualmente atención a los efectos que se producen en sentido opuesto y han de considerarse, además de las dinámicas de carácter vertical, las que se dan en el plano horizontal⁵²⁷.

De cara a desarrollar una teoría en términos sistemáticos que integre ese conjunto interactivo que a los efectos de la regulación forman las fuentes del Derecho, tienen relevancia dos principios rectores: de una parte, la *legitimación del productor de la norma* y, de otra, los *criterios funcionales*, capaces de expresar las específicas capacidades reguladoras de cada tipo de norma (por ejemplo, la proximidad territorial, la flexibilidad). La argumentación en torno a la legitimación y a la funcionalidad caracteriza, pues, ese conjunto o contexto interactivo que conforman las fuentes del Derecho en los ordenamientos jurídicos multinivel⁵²⁸. Pero también tiene relevancia respecto de las relaciones entre las diferentes fuentes de un mismo ordenamiento. La exposición que sigue se centra, entre la pluralidad de cuestiones que aquí se suscitan, en las relaciones entre la ley parlamentaria y las normas administrativas (I) y entre el Derecho de la Unión Europea y los Derechos Administrativos nacionales (II). En ambos ámbitos se tratará de poner en relación el tema de la prelación de las fuentes con las cuestiones relativas a la interacción entre ellas.

I. LEY PARLAMENTARIA Y NORMAS ADMINISTRATIVAS

Para comprender de manera suficientemente matizada la relación entre la ley parlamentaria y la norma administrativa, es necesario sustraerse de dos visiones reduccionistas:

– La primera es más bien de naturaleza *emocional* y tiene que ver con la evolución histórica del problema. Y es que aún hoy se enfrenta la norma administrativa

[527] *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 26 ff.; en sentido análogo, *Ladeur*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 795 (802 ff.).

[528] En general, *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 209 ff.

con relativa frecuencia a una “sospecha general” de irregularidad, de duda, desde la perspectiva del principio del Estado de Derecho⁵²⁹, dado que arrastra una doble carga o legado histórico. Entre sus causas en Alemania, cabe citar dos: de una parte, la “huida hacia el Estado reglamentador” que se inicia en los últimos años de la República de Weimar y los excesos del “Estado del *Führer*” nacionalsocialista; y, de otra, aún antes y más hondamente enraizados, los debates sobre el encaje de la potestad reglamentaria autónoma del Ejecutivo monárquico en el Estado constitucional de Derecho. La Ley Fundamental reconoce, sin embargo, la potestad reglamentaria como parte de la normalidad; y no consagra un monopolio normativo a favor del Parlamento.

– La producción normativa de la Administración constituye una parcela del más amplio *tema de la Administración dirigida por la ley*⁵³⁰. Cómo haya de ser esa “dirección” por parte de la ley se encuentra regulado con especial detalle, particularmente respecto de algunas clases específicas de normas administrativas (y sobre todo del reglamento), en la propia Constitución (art. 80 LF⁵³¹).

[529] Así lo precisa *Rainer Wahl*, *Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts*, in: *FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, S. 571 (594).

[530] En general, *Schmidt-Aßmann*, capítulo cuarto de *La Teoría general del Derecho Administrativo*, cit. En alemán, *Ordnungsidee*, 4. Kap. Tz. 38 ff.

[531] Artículo 80 LF: “1. El Gobierno Federal, un ministro federal o los gobiernos de los *Länder* podrán ser habilitados mediante ley para aprobar reglamentos. En la ley deberá establecerse el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. En tales reglamentos se dará cuenta de su base legal. Cuando la ley prevea que una habilitación puede ser a su vez delegada, tal subdelegación deberá efectuarse a través de reglamento. 2. Siempre que no existan disposiciones legales federales en contrario, se requerirá la aprobación del *Bundesrat* para los reglamentos del Gobierno Federal o de un ministro federal referentes a los principios y tasas para la utilización de instalaciones del correo y las telecomunicaciones, a la construcción y a la explotación de ferrocarriles, a los principios de la percepción de las tasas para el uso de las instalaciones de ferrocarriles de la Federación, así como para los reglamentos basados en leyes federales que requieran la aprobación del *Bundesrat* o que sean ejecutadas por los *Länder*, sea por delegación de la Federación, sea como materia propia. 3. El *Bundesrat* puede enviar al Gobierno Federal proyectos para el otorgamiento de reglamentos que requieren su aprobación. 4. En tanto que por ley federal o sobre la base de leyes federales los Gobiernos de los *Länder* estén habilitados para dictar reglamentos, los *Länder* están autorizados para su regulación también por ley”.

Téngase en cuenta que este precepto constitucional, por contraste con otros ordenamientos nacionales, y desde luego con el español, establece un claro control parlamentario de los reglamentos, no ya sólo por la participación de las dos cámaras legislativas a nivel federal y en su caso de los parlamentos de los *Länder*, sino porque la habilitación legislativa está sujeta a un clásico requisito constitucional, que figura en el apartado 1º del precepto transcrito: la ley ha de determinar cuál es el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. Ha de tenerse en cuenta, pues, que las reflexiones del autor se circunscriben a un modelo en el que la ley dirige expresamente y de un modo intenso el reglamento. Por otra parte, la existencia de ese *control político* del reglamento, como en Gran Bretaña, acaso explique la falta de tradición en el caso alemán –y en contraste con el ordenamiento español– de una legislación *general* sobre la elaboración del reglamento (N. del E.).

Como ocurre con todos los instrumentos de actuación del Ejecutivo, la potestad reglamentaria no está exenta de riesgos; estos deben detectarse y, en su caso, combatirse con medios concretos. Pero poner bajo “sospecha general” toda norma administrativa bloquea, más que promueve, el necesario “reajuste” que al Derecho Administrativo corresponde realizar siempre en relación con los actos jurídicos.

– La segunda es de *carácter metodológico* y tiene que ver con una comprensión en exceso simplificadora acerca de cómo la Administración aplica la ley. Sobre ello ya nos hemos pronunciado críticamente con ocasión del análisis del método jurídico, al que nos remitimos⁵³². Y es que, en contra lo que en ocasiones puede pensarse, la aplicación de las normas por parte de la Administración no consiste en una mera reproducción escrupulosa de las decisiones previamente adoptadas por la ley. Esa aplicación, por el contrario, supone en sí misma una cierta creación del Derecho, y se trata de una operación que se desarrolla dentro del marco diseñado por la ley, a través de un procedimiento recurrente. La aplicación del Derecho que realiza la Administración tiene, en efecto, carácter constitutivo⁵³³. La concepción que aquí se postula tiene consecuencias para el concepto o teoría de la legitimación democrática de la Administración y del control de la Administración que es propio del Estado de Derecho. Y también repercute sobre la teoría de las fuentes del Derecho y de los actos jurídicos, doctrinas estas que habrán de construirse sobre el terreno de la interacción que existe entre la dirección externa y la dirección autónoma de la Administración.

Si se superan ambas visiones reduccionistas, las relaciones entre ley y norma administrativa se revelan poliédricas⁵³⁴: el legislador goza de primacía para establecer los fines, y puede dirigir al Ejecutivo mediante la reserva de ley y su potestad de intervenir a través de la ley. Pero este es solo el punto de partida, pues se trata de una relación basada en la *división del trabajo*, variable esta que el criterio jerárquico no alcanza a explicar. Íntimamente unida a la idea de la regulación compartida, emerge la observación de que la producción normativa de la Administración constituye

[532] *Vid. supra*, Primera Parte, B.II.1 y III.

[533] En detalle, *Hans-Heinrich Trute*, Die konstitutive Rolle der Rechtsanwendung, in: ders./Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 211 (216 ff.); *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 7 ff.

[534] *Vid. von Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, S. 217 ff.: “La ordenación de las formas de normación jurídica como sistema abierto”; *Hill/Martini*, in: GVwR Bd. II, § 34 Rn. 5 ff.; *Knauff*, Regelungsverbund, S. 111 ff.

un fenómeno necesario para garantizar una implementación uniforme de la ley. Ahora bien, tampoco esta concepción termina de dar cuenta de la multiplicidad de funciones que cumplen las normas integradas en ese conjunto interactivo de fuentes.

Cómo pueda construirse en positivo esa relación, es algo que depende de las distintas modalidades de la normación administrativa⁵³⁵. En ese sentido, las *ordenanzas*, por ejemplo, son para los municipios y las entidades locales supramunicipales el instrumento central para la definición de la política local. El hecho de que las corporaciones locales gocen de una legitimación democrática propia autoriza y obliga al legislador a ejercer sus potestades de dirección de modo tal que dejen un espacio suficiente para un desenvolvimiento sustancial de aquella política local⁵³⁶. Por su parte, los *reglamentos*, de acuerdo con lo establecido en el artículo 80.I, inciso segundo, LF⁵³⁷, se hallan más estrechamente vinculados a los referentes que la ley parlamentaria establece⁵³⁸. Ello no significa, sin embargo, que el reglamento sea un simple derivado de la ley o que su contenido político se reduzca a cuestiones de mero detalle⁵³⁹: antes bien, el reglamento se caracteriza por su diversidad funcional⁵⁴⁰. Baste recordar en ese sentido la función que cumple el reglamento para adaptar constantemente la aplicación de la ley a los nuevos avances técnicos o económicos. En el Derecho ambiental o en los sectores regulados, las principales leyes, como la Ley federal de protección contra las emisiones contaminantes o la Ley de telecomunicaciones, se encuentran rodeadas de toda una red de reglamentos que sirven precisamente a este fin. Legislación y aplicación de la ley se sitúan aquí en una especie de “proceso de aprendizaje” mutuo, que se traduce en una revisión constante de los problemas siempre nuevos que suscitan los avances del conocimien-

[535] *Vid. infra*, Segunda Parte, A.II.

[536] Sobre la “interpretación específicamente local” del principio de reserva de ley, *vid. Röhl*, in: Schoch, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1. Kap. Rn. 134.

[537] Véase la nota 43.

[538] Se compara en este párrafo la ordenanza local y el reglamento ministerial. De ahí la diferente posición que ocupan una y otro, en el ordenamiento alemán –y en tantos otros, desde luego– respecto de la ley, en virtud de la respectiva y diferente legitimación democrática de la Administración local y de la Administración estatal (N. del E.).

[539] En este sentido, *Ossenbühl*, in: HStR Bd. V, § 103 Rn. 3.

[540] *Vid.* la precisa exposición del complejo de funciones de *Saurer*, *Die Funktionen der Rechtsverordnung*, S. 187 ff.: instrumento de la autoexculpación accesoria a la ley, desconcentrada y orientada a la vinculación general del Parlamento.

to⁵⁴¹. Una función similar se les atribuye a *las disposiciones administrativas internas que tienen por objeto la concreción normativa*^{542 543}.

La ley y las normas administrativas conforman, así, un contexto o conjunto interactivo de regulación que también ha de ser contemplado en su dimensión temporal, es decir, como un proceso *in fieri* o en desarrollo⁵⁴⁴. Las reflexiones relativas al Derecho alemán se ven refrendadas aquí en la teoría de las fuentes del Derecho de la Unión y en el Derecho comparado⁵⁴⁵, como muestran los artículos 290 y 291 TFUE⁵⁴⁶.

II. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

También aquí el principio de primacía constituye el punto de partida⁵⁴⁷. El Derecho de la Unión Europea afirma su primacía frente al Derecho de los Estados miembros. Se trata de la “clave del sistema”⁵⁴⁸. A este principio le acompaña la dogmática del efecto directo del Derecho de la Unión Europea y la obligación de interpretación conforme que incumbe a los Estados miembros y que afecta también a su Constitución. Si la autoridad nacional detecta que su ordenamiento jurídico no es compatible con el

[541] *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht, S. 195 ff.; *Trute*, in: ders./Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 211 (222 ff.); *Hill/Martini*, in: GVwR Bd. II, § 34 Rn. 25 f.: “modelo de una superación de conflictos colaborativa y por etapas”; en detalle, *Saurer*, a.a.O., S. 59 ff.; que reconoce al problema del conocimiento tan solo una función secundaria.

[542] Las disposiciones o instrucciones administrativas que concretan normas *normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften* son una variante de las disposiciones administrativas que van más allá de la mera interpretación normativa al concretar, por mandato de la Ley, conceptos jurídicos indeterminados y supuestos de hecho que ésta deja abiertos. Véase también la nota 341 (N. del E.).

[543] Sobre la necesidad y las formas adecuadas de los “ámbitos de concreción intermedios” en la generación de conocimiento, *B. Wollenschlänger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 195 ff. *Vid. infra*, segundo apdo., A.II.

[544] *Hill/Martini*, in: GVwR Bd. II, § 34 Rn. 7 (con remisión a los trabajos de Ladeur) se refieren a “unión de actuación compactadora del poder”.

[545] *Vid. von Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, S. 47 ff., y especialmente S. 227 ff.

[546] La conexión de la delegación normativa con una reserva de revocación (art. 290 TFUE) y de los actos de ejecución con el procedimiento de comitología (art. 291 TFUE) son expresivos de esta estructura procedimental.

[547] *Knauff*, Regelungsverbund, S. 184 ff.; *Ruffert*, in: GVwR Bd. I, § 17 Rn. 121 ff.

[548] *F. C. Mayer*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 8 Rn. 41.

de Derecho de la Unión Europea, no podrá aplicarlo⁵⁴⁹. El recurso por incumplimiento del artículo 258 TFUE⁵⁵⁰ y la exigibilidad de responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor, desarrollada por la jurisprudencia europea, garantizan el cumplimiento de estas obligaciones desde las perspectivas procesal e indemnizatoria. Del principio de primacía se benefician igualmente las normas de Derecho Internacional Público incorporadas al Derecho de la Unión Europea⁵⁵¹. Los entrelazamientos se multiplican. Y, sin embargo, con un simple esquema de prelación de fuentes no se puede avanzar.

1. PRIMACÍA Y EFECTOS RECÍPROCOS

Ello ya se pone de relieve en el propio fundamento del principio de primacía, en el que se entrelazan diversos elementos funcionales y legitimadores. La primacía se deriva en el plano europeo de la esencia misma de la Unión, que, “como comunidad jurídica, no podría subsistir, si la aplicación uniforme del Derecho de la Unión por los Estados miembros no estuviera garantizada”⁵⁵². Y, a nivel de los Estados miembros, se apoya en las correspondientes cláusulas constitucionales habilitadoras de la integración europea —en Alemania, *ex artículo 23.I LF*⁵⁵³—, en las que se admite la transferencia o cesión de los derechos de soberanía y, por decirlo con palabras de una

[549] Sobre el particular, *von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 503 ff., que, sin embargo, defiende una relativización de esta regla.

[550] “Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

[551] Artículo 216.2 TFUE. Lo anterior no prejuzga la cuestión relativa a en qué medida las referidas normas de Derecho Internacional se encuentran dotadas de efecto directo; *vid. Mögele*, in: *Streinz*, *EUV/AEUV*, Art. 216 AEUV Rn. 52 ff.

[552] BVerfGE 126, 286 (301), con remisión a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, apdo. 12 (*Costa/ENEL*).

[553] Artículo 23.I. LF: “Para la consecución de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del *Bundesrat*. Los apartados 2 y 3 del artículo

reciente formulación del TCF, asumiendo con ello un compromiso de eficacia y de aplicación del Derecho de la Unión, que es correlato de su primacía aplicativa⁵⁵⁴. No obstante, no se puede ir más allá de una “primacía sin jerarquía” (Möllers), con base en este fundamento legitimador del Derecho de la Unión^{555 556}.

Por ello, el núcleo dogmático en el que se sustenta el sistema de prelación ha de construirse sobre ese contexto más amplio, atento a las *interacciones y efectos recíprocos* que se dan entre los dos niveles implicados, el nacional y el europeo. Debido a la dependencia que tiene el Derecho de la Unión Europea de la colaboración y participación a nivel nacional, el planteamiento de la implementación forzosa de aquél posee solo una eficacia limitada⁵⁵⁷. De hecho, la primacía del ordenamiento europeo se establece en términos menos amplios que el sistema que rige en Alemania las relaciones entre el Derecho de la Federación y el de los Estados federados, a que se refiere el artículo 31 LF⁵⁵⁸. La primacía no es de validez, sino solo aplicativa⁵⁵⁹, y debe ser analizada con diferente rigor en función de que la colisión sea “directa” e “indirecta”⁵⁶⁰. Ello tiene lugar, salvo que el Derecho de la Unión Europea estipule otra cosa, por medio del Derecho Administrativo nacional, señaladamente a través de normas de procedimiento y de organización. Sin perjuicio de esa primacía, la ejecución del Derecho Administrativo en el ámbito de la Unión Europea corresponde a los Estados, esto es, rige el sistema de la ejecución indirecta o descentralizada, lo cual es por otra parte un signo inequívoco de la existencia de un sistema compartido de fuentes del Derecho.

lo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones”.

[554] BVerfGE 126, 286 (302).

[555] En España, como es sabido, se ha hablado de primacía en el sentido de “preferencia aplicativa”, no de superioridad o supremacía jerárquica. Puede verse el Informe del Consejo de Estado de febrero de 2006 sobre modificaciones de la Constitución española. Véase la nota 524 (N. del E).

[556] *Vid. Möllers*, *Gewaltengliederung*, S. 228 ff.

[557] *F. C. Mayer*, in: *Terhechte*, *Verwaltungsrecht der EU*, § 8 Rn. 50.

[558] El art. 31 LF dispone: “El Derecho federal deroga el derecho de los *Länder*”.

[559] De “preferencia aplicativa” se habla en España. *Vid.* notas 524 y 555 (N. del E.).

[560] *Kadelbach*, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, S. 233 ff. y 270 ff.; *von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. 151 ff.

Esta suerte de compartición se nutre de la *interrelación* existente entre los estratos jurídicos implicados. Ello se hace especialmente visible en la construcción de los principios generales del Derecho, contexto en el que los principios de la Unión Europea asimilan las experiencias de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, siendo estos últimos a su vez estimulados por el paradigma de la “buena administración”⁵⁶¹. El Derecho derivado europeo no se limita a influir desde arriba en los sistemas nacionales de Derecho Administrativo, sino que también, en dirección contraria, se inspira abiertamente en el análisis comparado de los modelos nacionales⁵⁶². Los procesos de influencia e interacción recíprocas en el sistema multinivel europeo se dan en sentido tanto ascendente como descendente en línea vertical, como también horizontal –entre los Estados miembros– y en sentido diagonal o en forma de estrella, mediante el uso de elementos armonizadores de la Unión. Y desde luego no se limita la interacción a preceptos aislados o a concretos actos jurídicos, sino que supone –como Rainer Wahl acertadamente señala– un verdadero lugar de encuentro entre ordenamientos jurídicos, “en todo lo que es Derecho”⁵⁶³. Y este fenómeno se extiende también a las distintas concepciones sobre cuáles sean las funciones de la Administración y sus formas de cumplimiento, el método de la aplicación de las normas de Derecho Administrativo, y su dogmática⁵⁶⁴.

[561] *Vid. supra*, B.III.3.

[562] Correlativo al deber de inaplicación de las autoridades nacionales de su propio Derecho en los supuestos de conflicto con el ordenamiento jurídico europeo es el poder de los jueces nacionales de no aplicar el Derecho derivado cuando lo estimen incompatible con una disposición comunitaria de rango superior. Esta facultad de inaplicación se encuentra, en todo caso, vinculada al cumplimiento de estrictos requisitos; se exige, particularmente, el inmediato planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de acuerdo con lo establecido en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1997, asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95; *Schoch*, in: ders./J.-P. Schneider/Bier, *VwGO*, § 80 (Stand September 2011) Rn. 95.

[563] *Rainer Wahl*, *Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, S. 869 (889 ff.).

[564] *Wahl*, *ebd.*, S. 869 (878); *vid. asimismo Oliver Lepsius*, *Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts*, in: *Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase*, DV Bd. 43 (2010), Beiheft 10, S. 179 ff.

2. LÍMITES A LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO

La europeización conoce, no obstante, límites. Los puntos de encuentro y los efectos recíprocos presuponen que los ordenamientos participantes, pese a sus mutuas influencias, conservan su propia autonomía. La *coherencia de los ordenamientos jurídicos* no remite precisamente al unitarismo, sino a la cohesión de los distintos sistemas jurídicos⁵⁶⁵. Este fundamental extremo no se ha tenido siempre suficientemente en cuenta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Numerosas sentencias que han extraído obligaciones de adaptación un tanto excesivas del principio de eficacia –del *effet utile*– dan muestra de ello. Dicha circunstancia ha dado lugar a la formulación de críticas doctrinales. Así, se ha dicho que este parámetro interpretativo –la eficacia del Derecho de la Unión Europea– se revela problemático, sin embargo, cuando se transforma en un principio autónomo y se utiliza como un argumento dinámico y casi arbitrario, sin verse equilibrado por criterios interpretativos opuestos⁵⁶⁶.

La unilateralidad de esas perspectivas no tiene en cuenta el objetivo integrador de los Tratados de la Unión Europea. La consecución “de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa” a la que se refiere el artículo 1 TUE⁵⁶⁷ se incardina en un marco jurídico (art. 4.1 TUE⁵⁶⁸) que respeta la “identidad nacional” y las “funciones esenciales del Estado”, y se circunscribe a las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados

[565] En sentido análogo, *Knauff*, *Regelungsverbund*, S. 202 ff.

[566] *von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 168; en sentido similar, *I. Augsberg*, in: *Terhechte*, *Verwaltungsrecht der EU*, § 4 Rn. 23; para una valoración contraria, *Seyr*, *Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH*, S. 301 ff.

[567] El artículo 1 TUE dispone: “Por el presente Tratado, las ALTAS PARTES CONTRATANTES constituyen entre sí una UNIÓN EUROPEA, en lo sucesivo denominada «Unión», a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes. El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible. La Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados «los Tratados»). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea”.

[568] El artículo 4.1 TUE establece que: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”.

(artículo 4.1, en relación con el artículo 5 TUE⁵⁶⁹)⁵⁷⁰. Estas disposiciones del Tratado ofrecen cobertura a las reservas de las Constituciones nacionales y de sus respectivos tribunales constitucionales para limitar la primacía del Derecho de la Unión Europea⁵⁷¹. Con ello se evidencia de nuevo que la idea de la interdependencia entre ambos niveles posee una clara capacidad de construcción dogmática. No cabe admitir, en otras palabras, la fusión de ambos estratos jurídicos en un único sistema normativo presidido básicamente por la jerarquía, en el que el Derecho de la Unión aparezca supraordenado sobre el Derecho nacional⁵⁷². La dogmática de la coherencia, imprescindible en una Administración compartida en Europa, no puede desarrollarse unilateralmente, sino que debe tomar en consideración ambas posiciones: la primacía y los efectos recíprocos; el deber de efectividad derivado del *effet utile* y las limitaciones competenciales⁵⁷³.

[569] El artículo 5 TUE dispone que: “1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo. 4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

[570] La Unión continúa sin disponer, tras el Tratado de Lisboa, de una “competencia sobre la competencia” (BVerfGE 123, 267, 392 f.).

[571] *Vid. F. C. Mayer*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 4 Rn. 74 ff.

[572] *Knauff*, Regelungsverbund, S. 202.

[573] Sobre el tema, *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Kohärenzgedanke in den EU-Verträgen: Rechtssatz, Programmsatz oder Beschwörungsformel?, in: FS Wahl, S. 819 (831 ff.).