

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

**METODOLOGÍA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**Reglas de racionalidad
para la adopción y el control
de la decisión administrativa**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN. METODOLOGÍA <i>APLICATIVA</i> Y METODOLOGÍA <i>ACADÉMICA</i> DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	11
CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS DE UNA METODOLOGÍA ESPECÍFICAMENTE JURÍDICO-ADMINISTRATIVA.....	19
1. ADMINISTRACIÓN Y JUECES: DOS MANERAS DE APLICAR EL DERECHO EN CUMPLIMIENTO DE DOS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DISTINTAS DAN LUGAR A DOS METODOLOGÍAS DIVERSAS	19
2. BINOMIOS INSTRUMENTALES	24
a) Norma de conducta y norma de control	24
b) Dirección de la actividad administrativa a través de programas <i>condicionales</i> y a través de programas <i> finales</i>	26
c) Dirección de la actividad administrativa a través de programas <i>materiales</i> y a través de la <i>organización</i> y el <i>procedimiento</i>	27
3. SOBRE EL CONTENIDO DE ESTE LIBRO.....	29
CAPÍTULO II. LA FIJACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS HECHOS...	33
1. INTRODUCCIÓN	33
2. DEL HECHO BRUTO AL HECHO NETO: LA DIRECCIÓN NORMATIVA DE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS.....	35
a) La norma identifica los datos relevantes que integran el hecho neto y los que pueden despreciarse del hecho bruto	35
b) El estándar de la probabilidad preponderante y la sobreprotección de fines o intereses determinados mediante el establecimiento de otros estándares para la fijación del hecho neto	38

c) El procedimiento administrativo como marco institucional para la fijación del hecho neto.....	41
3. EL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN DE OFICIO	43
4. ¿CON CUÁNTA INFORMACIÓN HAY QUE TRABAJAR?	44
5. GRADOS DE CERTEZA Y CARGA MATERIAL DE LA PRUEBA....	45
6. «UNOS MISMOS HECHOS (SÍ) PUEDEN EXISTIR Y DEJAR DE EXISTIR» PARA LA APLICACIÓN DE NORMAS DISTINTAS	49
7. EN ESPECIAL, EL TRATAMIENTO DE LA INSEGURIDAD FÁCTICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE GESTIÓN DE RIESGOS ...	52

CAPÍTULO III. LA CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA DE CONDUCTA APLICABLE POR LA ADMINISTRACIÓN

1. INTRODUCCIÓN: INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA NORMA EN LA METODOLOGÍA TRADICIONAL <i>VERSUS</i> CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA DE CONDUCTA APLICABLE EN UNA METODOLOGÍA ESPECÍFICAMENTE JURÍDICO-ADMINISTRATIVA ..	57
2. LA CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA DE CONDUCTA COMO PROCESO DE PROGRESIVA ACUMULACIÓN DE CRITERIOS QUE COMPLETAN Y CONCRETAN EL TEXTO INICIAL DE LA NORMA APLICABLE HASTA REFERIRLO ÓPTIMAMENTE AL CASO SOBRE EL QUE DEBE DECIDIRSE.....	63
3. CONSTRUCCIÓN DE NORMAS DE CONDUCTA MATERIALES Y DE NORMAS DE CONDUCTA PROCEDIMENTALES Y ORGANIZATIVAS	67
4. LA CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA CON LOS CRITERIOS TRADICIONALES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	70
a) El art. 3.1 CC como mandato dirigido a la Administración	70
b) La construcción de la norma empieza por su texto	71
c) La interpretación sistemática y los mandatos de interpretación conforme con normas dotadas de supremacía jerárquica o primacía aplicativa.....	73
d) La interpretación de la ley (y el reglamento) conforme a la Constitución	77
e) La interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión Europea.....	82
f) La interpretación del Derecho interno conforme al Derecho internacional y la interpretación del Derecho internacional	88
g) La interpretación en relación con los antecedentes históricos y legislativos	92
h) La interpretación en relación con la realidad social del momento.....	94
i) El fin de la interpretación: el espíritu y finalidad de las leyes	98
j) Criterios específicos para la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales.....	101
k) El precedente	105

5. CRITERIOS ADICIONALES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA DE CONDUCTA EN UNA METODOLOGÍA ESPECÍFICAMENTE JURÍDICO-ADMINISTRATIVA.....	110
a) La genérica referencia a «criterios de oportunidad» (como contrapunto de los de «legalidad») para construir la norma de conducta administrativa ya no es suficientemente expresiva	110
b) El <i>soft law</i> como conjunto de criterios de actuación que se integran directamente en la norma de conducta y solo indirectamente en la norma de control	113
c) Los criterios de la <i>lex artis</i>	120
d) Los criterios de la eficacia y la eficiencia	123
6. EL RESULTADO DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA. LA DECISIÓN SOBRE LOS CRITERIOS DETERMINANTES.....	124

CAPÍTULO IV. LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA. SUBSUNCIÓN Y PONDERACIÓN 129

1. INTRODUCCIÓN	129
2. DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN EJECUTIVA PROGRAMADAS CONDICIONALMENTE Y SUBSUNCIÓN	130
3. DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONFORMADORA PROGRAMADAS FINALÍSTICAMENTE Y PONDERACIÓN	133
a) Administración conformadora y sujeción al Derecho. La dirección finalística de la decisión administrativa. Las tres fases de la ponderación	133
b) Primera fase: la identificación de los intereses (principios o fines, mandatos de optimización) en juego.....	134
c) Segunda fase: atribución de peso o importancia a cada uno de los intereses en juego en atención a las circunstancias del caso	136
d) Tercera fase: decisión de prevalencia conforme a la «ley de la ponderación»; simultánea formulación de la regla de prevalencia condicionada	137
e) Ponderación como <i>procedimiento</i> y ponderación como <i>resultado</i> ...	138
f) Minimizar los riesgos de la ponderación como método decisorio: la utilización de los instrumentos del análisis económico del Derecho.	139
4. EN ESPECIAL, EL CONTROL DE LA DECISIÓN EN VÍA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. ¿QUÉ NORMA DE CONTROL APLICA LA ADMINISTRACIÓN PARA EXAMINAR EN VÍA DE RECURSO LA PREVIA DECISIÓN ADMINISTRATIVA?	142

CAPÍTULO V. LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA NORMA DE CONTROL JUDICIAL 149

1. PRESENTACIÓN	149
2. TIPOS TEÓRICO NORMATIVOS DE DISCRECIONALIDAD (EJEMPLIFICADOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO URBANÍSTICO)	150
a) La integración de la teoría de la ponderación en la tesis de que	

la discrecionalidad administrativa consiste en la habilitación a la Administración para completar o integrar un supuesto de hecho normativo imperfecto o crear un supuesto de hecho normativo inexistente	150
b) Discrecionalidad <i>planificadora</i> y discrecionalidad <i>normativa</i>	157
c) Recapitulación	162
d) Consideraciones adicionales sobre la forma de actuar de los principios	163
3. LA NORMA DE CONTROL JUDICIAL FORMULADA EN FUNCIÓN DEL TIPO DE DISCRECIONALIDAD ATRIBUIDO POR LA NORMA REGULADORA DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS SOBRE PLANEAMIENTO	165
a) Normas de conducta (reguladoras de la actividad administrativa) y normas de control (judicial)	165
b) La simetría entre norma de conducta y norma de control en los supuestos de decisiones regladas (completamente programadas). El control positivo	170
c) La asimetría entre norma de conducta y norma de control en los supuestos de decisiones discrecionales. El contenido de la norma de control judicial. El control negativo	172
d) Cuadro explicativo y nueva recapitulación	176
e) Consideración especial de la «escala» de la discrecionalidad en la clasificación del suelo en la LRSV 1998: la «gradación» de la programación normativa y la obligación de explicitar los criterios con los que se integra (o se crea) el supuesto de hecho	181
4. ANÁLISIS METODOLÓGICO DE LA EVOLUCIÓN DE LA NORMA DE CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS DOTADAS DE DISCRECIONALIDAD PROPIAMENTE PLANIFICADORA.....	184
a) La formulación tradicional de la norma de control.....	184
b) El control de la arbitrariedad-razonabilidad (art. 9.3 CE) en el resultado de la decisión.....	187
c) La reforma de la norma de control: arbitrariedad (art. 9.3 CE) como simple ausencia de motivación expresa de la decisión	191
d) Los primeros pasos de un específico control de ponderación.....	193
BIBLIOGRAFÍA	197
ÍNDICE	207

INTRODUCCIÓN

METODOLOGÍA APLICATIVA Y METODOLOGÍA ACADÉMICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Método y metodología no son los conceptos que gozan de mayor prestigio y tienen los perfiles más definidos en el ámbito de la ciencia española del Derecho administrativo. Creo, por eso, que es conveniente comenzar con una introducción que presente de qué trata este libro y cuál puede ser su interés.

El método suele referirse, en el contexto del lenguaje científico, a una forma rigurosa de proceder para llegar a un resultado que pueda presentarse como racional y, por tanto, intersubjetivamente controlable¹. Por alusión al método, la metodología jurídica consiste en el discurso sobre las reglas de racionalidad con las que debe trabajarse con el Derecho para alcanzar resultados científicamente aceptables². Y, al menos aquí, el planteamiento de la cuestión tiene más una intención *normativa* (la identificación *ex ante* de esas reglas del trabajo racional para asegurar la calidad del resultado) que *descriptiva* (la reflexión *ex post* sobre lo que realmente sucede en el ámbito de las profesiones jurídicas)³; aunque es obvio que, muchas veces,

¹ Así, por ejemplo, para el método jurídico *vid.* Reinhold ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 11.ª ed., München, 2012, p. 1. De forma más sofisticada, Friedrich MÜLLER y Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, t. I, 10.ª ed., Berlin, 2009, p. 36, definen las cuestiones metodológicas como aquellas que plantea la práctica del Derecho y que consisten en «reflexiones estructurales del tratamiento científico de problemas conforme a una racionalidad transparente que permita el control y la discusión».

² En tono crítico con el contexto *iusfilosófico* en el que nacieron los tratados metodológicos, sobre todo alemanes, de principios del siglo XX, *vid.* Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. I, 2.ª ed., Madrid, 1949, p. 441: «Esta preocupación (la metodológica) no es solo signo de decadencia, sino una prueba del imperio que han logrado [...] los prejuicios positivistas en que se educó nuestro tiempo [...] La importancia del método es incuestionable, pero no constituye un problema independiente, sino subordinado».

³ La distinción la hace Christoph MÖLLERS, «Methoden», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard

la reflexión sobre lo que racionalmente debería suceder utiliza como punto de partida lo que en la realidad sucede, y los resultados a los que se llega en esa reflexión sobre el «deber ser» del trabajo con el Derecho han de superar el contraste con lo que de hecho «puede ser» en la práctica.

Una delimitación importante debe hacerse ya para advertir de qué va a hablarse aquí. Este es un libro de metodología *aplicativa* del Derecho administrativo. La metodología a la que se dedica este trabajo es solo la que tiene como objeto las reglas de racionalidad que deben ser observadas, en primer término, en el proceso de adopción por la Administración de decisiones dirigidas por el Derecho: cómo debe llevarse a cabo el trabajo con los hechos que definen el problema sobre el que hay que resolver (por ejemplo, cómo se identifican los datos relevantes y cuándo puede ser racionalmente aceptable tener un relato fáctico como verdadero); cómo se completa o se «construye» por la Administración la norma aplicable al caso a partir del texto de la regla que vincula jurídicamente su actuación (mediante la utilización de criterios adicionales, de legalidad o de oportunidad, que concretan los márgenes de indeterminación de la norma jurídico-administrativa y la refieren suficientemente —o, mejor, óptimamente— al caso sobre el que se trata de decidir); cómo se crean y se utilizan los precedentes y los instrumentos del denominado *soft law*; qué estructura racional argumentativa tiene una decisión administrativa adoptada por ponderación entre mandatos finalísticos de optimización (por ejemplo, la protección del medio ambiente y de la seguridad vial para decidir sobre el trazado de una carretera cuando las circunstancias de un caso hacen que ambos entren en conflicto), etcétera.

También se trata en este trabajo de la aplicación judicial del Derecho administrativo cuando el juez lleva a cabo su función de controlar la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE). Esto explica el subtítulo elegido para el libro: «Reglas de racionalidad para la adopción y *el control* de la decisión administrativa». Indudablemente, este aspecto también ha de formar parte de una metodología *aplicativa* del Derecho administrativo. Órganos administrativos y judiciales tienen en común su carácter de órganos de aplicación del Derecho.

Pero debo advertir desde el principio que, sobre todo, se ha pretendido poner el acento en lo primero: la perspectiva que aquí más interesa es la del rigor y la racionalidad en la ejecución administrativa de las normas (que se denominarán «de conducta») que dirigen la actividad de la Administración, aunque se prestará al final también atención a la aplicación judicial del Derecho administrativo para controlar las decisiones previamente adoptadas por la Administración. Se hace aquí una opción expresa en favor de la perspectiva de la dirección de la conducta administrati-

va sobre la (claramente dominante hasta ahora) perspectiva de la «norma de control» que utilizan los órganos judiciales para enjuiciar con criterios (solo) jurídicos la decisión previamente adoptada por la Administración.

Parece obvio que una metodología que centre el objeto del análisis en la aplicación judicial de la norma jurídico-administrativa necesariamente presta más atención a lo que la Administración no puede hacer al decidir (perspectiva negativa), que a lo que (perspectiva positiva) debe hacer⁴. De forma gráfica —y, quizás, con algo de exageración— se ha dicho, por ejemplo: «verdaderamente, ¿de qué trata el Derecho administrativo si no es del control de la discrecionalidad?»⁵. En este trabajo no se va a debatir sobre los rasgos esenciales del Derecho administrativo, sino sobre metodología; pero por aprovechar, también de manera ilustrativa, la cita transcrita, debe dejarse constancia de que las reglas metodológicas que más van a interesarnos no son las del «control de la discrecionalidad» por los jueces, sino las del «correcto (no solo legal) ejercicio de la discrecionalidad» por el órgano administrativo.

Criterios muy relevantes para dirigir la actividad de la Administración, como la optimización de intereses que —en un momento dado y en el marco de lo que permite la norma— se consideran *políticamente* pre-valorantes, la aceptabilidad de sus decisiones y la consecución de consenso entre sus destinatarios, la adecuación a las reglas de la ciencia para llevar a cabo evaluaciones científicas o a las mejores técnicas para otorgar una autorización industrial, la eficacia y la eficiencia, etc., han de formar parte del análisis de una metodología centrada en la norma de conducta administrativa, aunque hayan quedado fuera de la perspectiva metodológica tradicional centrada en el control judicial⁶, que ha de ser (al menos, casi por completo) ciego a las exigencias de aquellos criterios.

Desde la perspectiva que nos interesa es posible afirmar que el principio del Estado de Derecho, concretado en la sujeción de la Administración a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), contiene una exigencia implícita de actuación metódica y, por tanto, requiere de la existencia de una meto-

⁴ Sobre este cambio de perspectiva de una metodología centrada en el control judicial de la Administración a otra que, sobre todo, debería atender directamente a los criterios positivos que dirigen la actuación administrativa *vid.* Javier BARNES, *Transformaciones (científicas) del Derecho administrativo. Historia y retos del Derecho administrativo contemporáneo*, Sevilla, 2011, pp. 47-49. En la doctrina alemana, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen, 2013, pp. 14-15, se refiere al enfrentamiento entre la clásica dogmática del control de actos jurídicos (*Rechtsaktbezogene Dogmatik*) y la (hoy necesaria) dogmática referida a la actuación administrativa (*Verhaltensbezogene Dogmatik*), y en la británica, Carol HARLOW y Richard RAWLINGS, *Law and Administration*, 3.^a ed., New York, 2009, pp. 22 y ss., y 31 y ss., aluden gráficamente a las denominadas *red light theory* y *green light theory*.

⁵ Bernard SCHWARZ, *Administrative Law*, 3.^a ed., Boston, 1991, p. 652, citado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1995, p. 23.

⁶ Así, Wolfgang HOFFMANN-RIEM, «Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungswissenschaft», en Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Wolfgang HOFFMANN-RIEM (dirs.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, p. 40.

dología aplicativa: para cualquier decisión administrativa debe ser posible mostrar el camino que, conforme a reglas de racionalidad que hacen posible el control intersubjetivo, ha conducido de los hechos y la norma aplicable a la decisión⁷. Metodología, racionalidad y rigor no significan, no obstante, ni automatismo, ni lógica deductiva. Como se explicará con detalle más adelante, la tesis de la única solución justa (si con ello quiere significarse «única solución conforme a Derecho»), salvo en los supuestos de actividad administrativa completamente programada por la norma (o de reducción de la discrecionalidad a cero), es —a mi juicio— una pretensión sin fundamento teórico que la sustente.

La metodología aplicativa no es, sin embargo, la única metodología jurídica que existe. Con la metodología aplicativa pretenden los órganos administrativos y judiciales ejecutar las normas para llegar a la mejor solución posible. Pero el método es distinto en función de lo que se pretenda hacer con el Derecho, y hay profesionales del Derecho que no se dedican a la aplicación de las normas. El jurista académico trabaja, en términos generales, para construir sistemas. Cada uno de esos trabajos tiene sus propias reglas de racionalidad, su propia *lex artis*. Se comprende, entonces, que método y metodología pueden significar formas distintas y específicas de pensar el Derecho y practicarlo⁸, y que, junto a la tradicional metodológica aplicativa, existe otra metodología que aquí va a denominarse *académica*. De esta no trata este libro.

El trabajo académico con el Derecho, si pretende para sí las notas de rigor y racionalidad que permitan hablar de una «ciencia jurídica», debe tener también su metodología. El objeto de esa metodología académica será la explicación de las reglas de racionalidad con ayuda de las cuales se «construye» el sistema a partir del Derecho vigente con el objeto de explicar su unidad axiomática y de evitar en la medida de lo posible las contradicciones valorativas⁹ (la dependencia del sistema de la concreta y cambiante norma jurídico-administrativa dificulta esa tarea en comparación, por ejemplo, con el Derecho constitucional, penal o patrimonial, pero esa variabilidad permanente precisamente destaca que en el ámbito del Derecho administrativo sea todavía más relevante la idea del sistema)¹⁰; cómo se crean y depuran conceptos¹¹ sólidos en la dogmática o más flexibles clasificaciones tipológicas que pierden en rigor, pero permiten abarcar más material positivo (como la clasificación de

⁷ Vid., por ejemplo, Christoph MÖLLERS, «Methoden...», p. 142. Para el trabajo con los hechos vid. Luis MEDINA ALCOZ, «Los hechos en el Derecho administrativo. Una aproximación», *STEM* (mayo de 2015), p. 13.

⁸ Así, Wolfgang HOFFMANN-RIEM, «Methoden einer anwendungsorientierten...», pp. 11-12.

⁹ Vid., por ejemplo, Christoph MÖLLERS, «Methoden...», p. 155.

¹⁰ *Ibid.*, p. 156.

¹¹ Sobre esto, por ejemplo, Alejandro NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, 2001, pp. 15-24; Silvia Díez SASTRE, «La formación de conceptos en el Derecho administrativo», *STEM* (mayo de 2014), y Rolf WANK, *Die juristische Begriffsbildung*, München, 1996.

la responsabilidad estatal¹² en un determinado ámbito de intervención pública, que puede abarcar desde la responsabilidad de completo cumplimiento de la tarea por el Estado hasta la mera responsabilidad de la regulación del marco en que actuarán sujetos privados)¹³; cómo interactúan la parte general y la parte especial del Derecho administrativo (a través del instrumento metodológico del «sector de referencia»¹⁴); cómo se elabora correctamente el Derecho comparado¹⁵ (hoy, por ejemplo, impulsado por diversas vías derivadas de la pertenencia a la Unión Europea)¹⁶; cuáles son las reglas del trabajo interdisciplinar en el que esté involucrado el Derecho administrativo y cómo se puede utilizar conocimiento procedente de otras ciencias para producir nuevo conocimiento jurídico a partir de la historia¹⁷, de la ciencia política y de la administración (de aquí proceden, por ejemplo, los conceptos ya casi «juridificados» de red y de gobernanza¹⁸), de la sociología (donde nacieron conceptos clave del Derecho administrativo actual como los de sociedad de la información¹⁹ o sociedad del riesgo²⁰); cómo aprovechar

¹² Sobre este concepto *vid.* Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1.ª ed., Heidelberg, 1998, p. 154.

¹³ Sobre esto *vid.* José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, 2013, pp. 159-162, y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado social*, Madrid, 2007, pp. 69 y ss.

¹⁴ *Id.*, por ejemplo, Luciano PAREJO, «La idea de la reforma del Derecho administrativo general. Su planteamiento en España», en Javier BARNES (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Sevilla, 2006, pp. 200 y ss.

¹⁵ Un planteamiento de las cuestiones metodológicas que plantea el recurso al Derecho comparado puede verse en Francisco VELASCO CABALLERO, «Die Rezeption des deutschen Verwaltungsrechts in der spanischen Rechtsordnung. Zugleich eine theoretische Darstellung der Gründe, Etagen und Probleme des unidirektionalen Rechtsvergleichs», *Die Verwaltung*, num. 48 (2015), pp. 383-387, y Susana de LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho comparado europeo: Derecho público comparado y Derecho administrativo europeo*, Madrid, 2004; y, de la misma autora, «Límites y utilidades del Derecho comparado en el Derecho público», *STEM* (noviembre de 2015).

¹⁶ Sobre esto *vid.* Christoph MÖLLERS, «Methoden...», pp. 159-160.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 161-162. Distinto del trabajo científico interdisciplinar entre el Derecho y la Historia, pero también útil desde la perspectiva de la metodología académica, es la específica historia de la ciencia del Derecho administrativo, como la que hace Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, «La ciencia del Derecho administrativo en España: una perspectiva histórica», en Armin VON BOGDANDY y Oriol MIR PUIGPELAT (coords.), *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia, 2013, pp. 339-383.

¹⁸ Sobre esto *vid.* Agustí CERRILLO, «Sobre la interdisciplinariedad en el Derecho administrativo. Las utilidades de la ciencia política y de la Administración para el Derecho administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 168 (2015), pp. 39-66, y Gunnar Folke SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Baden-Baden, 2000, pp. 384 y ss.

¹⁹ En la sociedad de la información el suministro de esta se convierte en tarea estatal. *Id.* Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Sevilla, 2011.

²⁰ Ulrich BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986. En el Derecho español, por ejemplo, *vid.* José ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona, 1999.

el desarrollo de la ciencia económica a través del análisis económico del Derecho administrativo²¹, etcétera.

En un plano de intersección entre la metodología académica (de los juristas teóricos que se ocupan de la construcción del sistema) y la aplicativa (de quienes utilizan las normas para adoptar decisiones o controlar decisiones adoptadas por otro) se sitúa la *dogmática*²². La dogmática está constituida por el conjunto de conceptos jurídicos y contextos valorativos que se desarrollan sobre la base del dato del Derecho positivo (que funciona como punto de partida²³), aunque sea relativamente independiente del específico contenido de concretos preceptos de este²⁴. Como se dirá más adelante²⁵, es fundamentalmente la interpretación sistemática el lugar donde la dogmática actúa como bisagra de la metodología de los profesores y la de los órganos administrativos y judiciales.

La dogmática *descarga* en buena parte la labor interpretativa del órgano aplicativo y *orienta* con criterios consolidados su tarea decisoria²⁶. Por ejemplo, el concepto de acto administrativo declarativo de derechos y su sólida conexión valorativa con el principio de protección de la confianza legítima [como subprincipio derivado del de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)] permiten a un órgano administrativo o judicial integrar con facilidad una laguna legal relativa a la revocación de una autorización cuyos efectos hubiera que considerar contrarios a una nueva definición del interés general.

Pero volvamos a la metodología aplicativa. Es importante hacer una advertencia general que ayuda a situar en su lugar correcto lo que se expone en este trabajo. Es obvio que del órgano administrativo que tramita expedientes en masa (en materia tributaria, de personal o multas de tráfico, por ejemplo) no puede reclamarse el mismo esfuerzo metodológico que se espera de la decisión de un *hard case* que debe ser resuelto por el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional. Y ya dentro del ámbito de la inabarcable variedad de las decisiones administrativas desde diversos puntos de vista (en especial, sin embargo, el de la investigación de los hechos), también es evidente que no puede exigirse la misma «inversión metodológica»

²¹ Sobre esto, por ejemplo, *vid.* Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *RAP*, núm. 195 (2014), pp. 99 y ss.

²² Así, Christoph MÖLLERS, «Methoden...», pp. 154-155, y Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik...*, p. 5.

²³ Niklas LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. esp. de la edición alemana de 1973), Madrid, 1983, p. 27: «La característica más importante en el concepto de la dogmática para la comprensión habitual es la *prohibición de la negación*: la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación. Están sustraídos a la crítica» (cursiva original). También Klaus F. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, p. 109: «Para teólogos y juristas los textos que hay que interpretar son directiva vinculante».

²⁴ Christoph MÖLLERS, «Methoden...», p. 154, y Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik...*, p. 3.

²⁵ *Infra* capítulo III.4.c).

²⁶ Así, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik...*, p. 5, con cita de Andreas VOSSKUHLE.

para el otorgamiento de una autorización de fusión de empresas que pueda dar lugar a una concentración económica por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia²⁷ o para la aprobación de un Plan General de Ordenación Urbana que para la imposición de una multa de tráfico por sanción leve. No se prestaría una labor de ayuda a la correcta aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo, sino que se entorpecería la eficacia de muchas de sus normas, si las sofisticaciones de una metodología muy elaborada se dirigieran frente al órgano administrativo que resuelve sobre las pequeñas cuestiones de la gestión de expedientes en serie²⁸.

El ordenamiento jurídico-administrativo ya presta atención y ofrece respuesta a este problema mediante procedimientos simplificados como la expeditiva terminación del expediente sancionador a través del pago voluntario de la multa en cuantía reducida en materia de tráfico²⁹ o las autoliquidaciones tributarias; la distinción entre las obligaciones de motivación en los supuestos de actos favorables y desfavorables [arts. 54.1.a) LRJPAC y 35.1.a) LPAC], o dictados en ejercicio de una potestad completamente programada por la norma o discrecional [arts. 54.1.f) LRJPAC y 35.1.i) LPAC]; la previsión de elaboración de instrumentos de *soft law* que simplifican la subsunción para concretar conceptos jurídicos indeterminados (como «calidad de la actividad investigadora o docente») en el ámbito de la obtención de acreditaciones o sexenios por el profesorado universitario, etc. En otras ocasiones se presentan problemas metodológicos en el contexto de esta idea de «no matar moscas a cañonazos» que deben ser resueltos sin apoyo en reglas del Derecho positivo. Más adelante³⁰ se hará referencia, por ejemplo, a la cuestión de si la presunción de inocencia en el ámbito del Derecho administrativo sancionador [arts. 137.1 LRJPAC y 53.2.b) LPAC] implica o no un estándar reforzado de certeza de los hechos equivalente al de la prueba «más allá de toda duda razonable» en la jurisdicción penal.

Para el final de esta introducción queda decir unas palabras sobre la propia historia de este libro. El trabajo para su elaboración comenzó en 2012, con la pretensión de abarcar tanto la metodología aplicativa como la académica. Dos años más tarde tomé la decisión de dejar para el futuro y para otra obra distinta (quizás en coautoría) el tratamiento de la metodología académica. Afortunadamente para mí, en 2013 Francisco VELASCO y Gabriel DOMÉNECH decidieron impulsar el proyecto de celebrar dos veces al año el Seminario de Teoría y Método (STEM), del que, cuando aparece este libro, ya se han celebrado seis sesiones. Hay huellas claras en este trabajo de algunas sesiones del STEM, sobre todo de las que tra-

²⁷ Arts. 7-10 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

²⁸ Así, Wolfgang HOFFMANN-RIEM, «Methoden einer anwendungsorientierten...», pp. 68-69.

²⁹ Arts. 93-94 del Texto Refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial de 2015 (aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre).

³⁰ *Infra* capítulo II.5.

taron cuestiones de metodología aplicativa, como pone de manifiesto la cita de las ponencias de Luis MEDINA³¹, Miguel CASINO³² y Raúl LETELIER³³ en el capítulo II, relativo al trabajo con los hechos, y de la ponencia sobre análisis económico del Derecho de Gabriel DOMÉNECH³⁴ en el capítulo dedicado a la decisión administrativa por ponderación (*infra* capítulo IV). El último capítulo de este libro, sobre la discrecionalidad de la Administración y su control judicial, tiene su origen precisamente en mi ponencia en el STEM (en la Universidad de Barcelona, en noviembre de 2014), en una sesión en la que actuó como *discussant* Andrés BOIX y presentó una comunicación Jorge GARCÍA-ANDRADE³⁵, a quienes agradezco sus comentarios críticos y no críticos. Como moderador de esa sesión intervino Mariano BACIGALUPO. Es un deber de honradez intelectual reconocer la deuda que esta obra tiene con respecto a las tesis sobre la discrecionalidad que él expuso hace ya casi veinte años³⁶.

Con Paco VELASCO he hablado desde hace ya décadas de muchos de los temas de los que aquí se trata. Pero quiero agradecer en esta ocasión en especial a Julia ORTEGA que haya estado dispuesta a ser mi principal interlocutora sobre la base del concreto texto de los sucesivos capítulos que lentamente iban siendo concluidos.

Cuando solo quedaba por redactar la introducción y el capítulo primero se publicaron en el *BOE* la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). La *vacatio legis* general de un año prevista para ambas leyes (disposición final séptima de la LPAC y disposición final decimoctava de la LRJSP) me ha llevado a mantener las referencias a la LRJPAC y a incluir junto a ellas las correspondientes a las nuevas leyes.

³¹ Luis MEDINA ALCOZ, «Los hechos en el Derecho administrativo...».

³² Miguel CASINO RUBIO, «La fragilidad de los hechos probados (o “donde dije digo, digo Diego”», *STEM* (mayo de 2015).

³³ Raúl LETELIER WARTENBERG, «El precio del *status quo*. Sobre la prueba de los hechos en las sanciones administrativas», *STEM* (mayo de 2015).

³⁴ Después publicada en Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Por qué y cómo hacer análisis económico...», pp. 99 y ss.

³⁵ Jorge GARCÍA-ANDRADE, «Norma de conducta y norma de control en el Derecho de la Unión Europea», *STEM* (noviembre de 2014).

³⁶ Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DE UNA METODOLOGÍA ESPECÍFICAMENTE JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

1. ADMINISTRACIÓN Y JUECES: DOS MANERAS DE APLICAR EL DERECHO EN CUMPLIMIENTO DE DOS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DISTINTAS DAN LUGAR A DOS METODOLOGÍAS DIVERSAS

Quien, para construir una metodología de la aplicación del Derecho por la Administración, utilizara la plantilla de un tratado tradicional sobre la aplicación judicial de las normas y se limitara a incluir al órgano administrativo, por sustitución, en la posición que el autor del tratado daba al judicial, seguramente obtendría como resultado una deformación grotesca de la realidad (un esperpento, si se permite la expresión de la tradición literaria española) equivalente a la que se consigue del reflejo de un objeto en un espejo cóncavo¹.

La Constitución utiliza términos aparentemente semejantes para expresar la tarea aplicativa del Derecho por la Administración en su función de servir a los intereses generales (art. 103.1 CE) y la función también aplicativa de normas en que consiste la potestad jurisdiccional que se atribuye a los órganos judiciales (art. 117.1 CE). De estos dice el segundo precepto citado que están sometidos «únicamente al imperio de la ley». Los órganos administrativos actúan, según el primero, «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Es hoy una evidencia (y cada vez lo es más) que «sometimiento pleno a la ley y al Derecho» no puede significar que la Constitución considere como tipo ideal de Administración la meramente ejecutiva que se limi-

¹ La metáfora y la terminología son, como se sabe, de Ramón María DEL VALLE-INCLÁN, *Luces de Bohemia* (1920).

ta, para decidir, a subsumir bajo programas normativos completamente determinados datos fácticos de la realidad que claramente se corresponden o no con un supuesto de hecho formulado en un lenguaje inequívoco, preciso y no necesitado de ulterior concreción. Aquí podrían situarse, por ejemplo, supuestos de prestaciones sociales de carácter económico (por accidente, incapacidad temporal o permanente, maternidad, jubilación, desempleo, etc.), que cuentan con una regulación normativa, en general, incluso más densa que la de las reglas que aplica la Administración de policía, que suelen tener que valerse de conceptos jurídicos indeterminados para dar respuesta a la posibilidad de que la norma no pueda prever en su supuesto de hecho todas las situaciones fácticas ante las que sea necesario reaccionar².

Pero, posiblemente, el inventario de tareas que se gestionan conforme a este tipo de Administración constituya ya una muy reducida parte del conjunto global de competencias administrativas. Y seguramente también, por eso mismo, en la actualidad la idea que mejor transmite la posición de la Administración frente al ordenamiento jurídico es la que se contiene en la afirmación de que la ley y el Derecho *dirigen* la actividad administrativa³.

La ley dirige la Administración: establece límites y atribuye tareas a la actuación administrativa, determina fines para la planificación y estructura procesos decisorios, delimita ámbitos funcionales y diseña los elementos básicos de la organización administrativa. Nada de esto mitiga el imperativo (principio de legalidad, art. 9.3 CE) de que la Administración debe respetar la ley en toda su actuación (primacía de la ley) y de que, en muchos ámbitos, solo puede actuar sobre la base de una suficientemente densa regulación legal (reserva de ley). Primacía y reserva de ley son las correas de transmisión a través de las cuales se realizan los encargos directivos de la ley parlamentaria a la actuación administrativa⁴.

Es posible hablar de una tipología de formas de dirección normativa de la actividad administrativa, en el sentido de una escala de grados diversos de densidad en esa dirección por el Derecho⁵. La forma más conocida y tradicional de dirección de la actividad de la Administración por la norma es la de la programación condicional: «si se da este supuesto de

² Puede verse sobre esto José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado...*, p. 107.

³ En general, sobre la discusión relativa a la *Steuerung* (dirección) en el ámbito del Derecho administrativo, *vid.* José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad...*, pp. 165-168. *Vid.* también el apartado relativo a «Derecho administrativo y dirección de la Administración» en Oriol MIR PUIGPELAT, «El Derecho administrativo español en el actual espacio jurídico europeo», en Armin VON BOGDANDY y Oriol MIR PUIGPELAT (coords.), *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia, 2013, pp. 205-263.

⁴ Todo el argumento en Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik...*, p. 40. *Vid.* también Javier BARNES, *Transformaciones (científicas) del Derecho administrativo...*, pp. 13-17.

⁵ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee...*, p. 176.

hecho, aplíquese esta o estas consecuencias jurídicas». Pero ya hace décadas que para la planificación administrativa se «descubrió» que la norma no programa de esa forma la decisión sobre el plan, sino mediante la determinación de fines o mandatos de optimización que la Administración debe ponderar en atención a las circunstancias dadas, y comenzó a hablarse entonces de dirección finalística (o a través de programas finales) de la actuación administrativa⁶.

Y para otro tipo de tareas, situadas —desde esta perspectiva— todavía un paso más allá, también se cayó en la cuenta de que ni siquiera le era posible a la norma regular materialmente el contenido de las decisiones (¿cómo se puede prever normativamente el contenido de una prestación médica?, por ejemplo), ni con programas condicionales ni finales, de forma tal que a la norma jurídico-administrativa solo le quedaba la vía de dirigir la actividad administrativa a través de la regulación de sus presupuestos organizativos y procedimentales⁷.

Puede aceptarse también que estos diversos tipos de dirección de la actividad administrativa son, en alguna medida, intercambiables. Un déficit de programación material puede ser compensado a través de regulaciones procedimentales⁸ y organizativas diseñadas para completar y concretar la vaguedad normativa. Si esas reglas de organización y procedimiento garantizan que un vago criterio material de la norma será concretado de forma diligente y neutral con respecto a los intereses afectados pueden aceptarse algunas indeterminaciones materiales. En este sentido se ha hablado de una «diversidad en el nivel exigido de determinación de la norma»⁹. Es ya una idea conocida en el ámbito del Derecho urbanístico, por ejemplo, que la débil vinculación de la Administración a los programas finales que le fija la ley se compensa con las exigencias de un procedimiento administrativo especialmente riguroso¹⁰.

⁶ Vid., por ejemplo, Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho administrativo*, 5.ª ed., Valencia, 2012, pp. 306-307, y Rainer WAHL, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Madrid, 2013, pp. 76 y ss.

⁷ Así, Marcos VAQUER CABALLERÍA, *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Valencia, 2002, pp. 139 y ss., y Luciano PAREJO ALFONSO, «La calidad al servicio de la eficacia en el Sistema Nacional de Salud», en Luciano PAREJO, Alberto PALOMAR y Marcos VAQUER (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 238. El carácter personal de estas prestaciones determina que sean «difícilmente accesibles a una programación normativa convencional».

⁸ Vid., por ejemplo, Javier BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», en Javier BARNES (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Sevilla, 2006, pp. 286 y ss.

⁹ Así, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik...*, p. 42, con cita de REIMER.

¹⁰ Para los diversos ámbitos de actuación discrecional de la Administración, la idea aparece con frecuencia en Juli PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, 2001, pp. 116-118 *passim*.