

**REFLEXIONES EN TORNO AL CONTROL DEL  
PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO  
Y LA PERTINENCIA DE SU ESPECIALIZACIÓN  
EN UN ORDEN JURISDICCIONAL  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**Luciano Parejo Alfonso\***

I

**L**a vieja *summa divisio* romana del Derecho en público y privado sólo en apariencia separa hoy los sistemas de *civil law*, es decir, de origen continental-europeo, y de *common law* o de impronta anglosajona.

Desde su respectivo modelo ideal original ambos sistemas han experimentado, en efecto, una evolución –en modo alguno conclusa– con claros efectos dilusivos de sus respectivos perfiles más diferenciadores y supuestamente contrapuestos.

En el continental-europeo de “régimen administrativo” destacan ciertamente tres líneas en esa evolución. Por de pronto, la de difuminación de las fronteras de separación rígida (propias del inicial y decimonónico Estado liberal de Derecho) entre Estado y sociedad y, por tanto, de contraposición sistemática de interés público y privado. Las transformaciones sucesivas experimentadas tanto por

---

\* LUCIANO PAREJO ALFONSO. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid.

el Estado, como por la sociedad, han acabado conduciendo por ahora a una responsabilización general de aquél por las condiciones de vida en la sociedad (que la actual crisis del llamado Estado social no pone en absoluto en cuestión, simplemente altera en sus términos) y una integración de la dinámica y acción sociales en la lógica y el funcionamiento estatales.

El proceso anterior no ha sido ajeno, en segundo lugar, a la ruptura de la ecuación entre formas de organización y tipo de actividad (pública o privada), con la consecuencia, en tercer lugar, de la paralela quiebra de la correlación entre el tipo de actividad y el Derecho aplicable (público-administrativo o privado).

Se entiende así que, en España, se hable hoy con insistencia del fenómeno de “huida del Derecho administrativo” (resultado de la generalización de la pretensión de liberación de la disciplina que al “servicio público” impone el Derecho administrativo en el doble plano de la organización y el desarrollo de la actividad); y en Alemania (país en el que no ha operado como lastre conceptual tradición alguna de “servicio público”) se pretenda desde hace tiempo la “reconstrucción” de los requerimientos y las garantías básicas del Derecho administrativo por la vía del desarrollo de un llamado “Derecho privado administrativo” (reglas jurídico-públicas indeclinables aplicables en el campo objeto de “privatización” en las formas organizativas o de la actividad). Y ello para la recuperación, irrenunciable en todo orden constitucional, de los elementos que aseguren la legitimación del poder público y su sumisión al Derecho; fenómeno éste que comienza a aparecer con fuerza también en España y que ha comenzado a llamarse de “persecución” por el Derecho administrativo de los procesos que previamente habían huido de él.

Del modelo anglosajón cabe decir que la complejidad, rápido cambio y carácter científico-técnico de la sociedad actual le está conduciendo a una evolución de pérdida de peso del elemento *common law* e incremento correlativo del de *statutory law*. Se explica así que en el Derecho de los Estados Unidos sea observable un proceso decidido de “situación” del *administrative law* en un contexto o marco más amplio. La concepción tradicional del *administrative law* es, en efecto, muy estricta, en términos que lo distinguen y separan de la *Public Administration*, el sistema administrativo real, captable sólo desde lo que los europeos denominaríamos la ciencia de la Administración. El origen de esta concepción restrictiva se sitúa en la menor influencia de la *summa divisio* en la Inglaterra

feudal de la época del inicial desarrollo del *common law*: en cuanto Derecho éste integrado por una constelación de “derechos públicos y privados” definidos por los intereses de la situación de propiedad, no había necesidad imperiosa de diferenciar entre situaciones públicas y privadas (por razón de titular), especialmente en punto a especialización del Juez que había de conocer de ellas en caso de conflicto. De ahí también que conforme al pragmatismo propio del sistema constitucional norteamericano, en éste no se haya sentido la exigencia de proceder a discriminación alguna de competencias (por razón del objeto del proceso y, consecuentemente, por materias) en el seno del poder judicial. Pero precisamente en el Derecho norteamericano la última evolución va en el sentido antes expuesto: explicación y construcción del *administrative law* en un contexto o marco más amplio, cabalmente el consistente en un modelo de Derecho público (véase Richard J. Pierce, Jr.; Sidney A. Shapiro; y Paul R. Verkuil; *Administrative law and process*, 2ª ed. Foundation Press Inc., Westbury-New York, 1992).

En definitiva:

- i) teniendo en cuenta las especificidades originarias condicionantes de la evolución constitucional en los dos sistemas considerados: a) “configuración sistemática del orden social” en la revolución liberal francesa; y b) “articulación equilibrada y contrapesada del poder para la libertad” en la revolución norteamericana, sobre el trasfondo de la evolución política inglesa anterior; y
- ii) considerando la idea del *due process* (tercero imparcial para la resolución de conflictos en la constelación de derechos o situaciones individualizadas), la diferencia en los elementos constructivos determinantes de dichos sistemas aparece fuertemente atenuada, al punto de que cabe reconducirla a las dos siguientes afirmaciones:
  - Lo contencioso es algo perteneciente al propio poder público (de ahí las fases de autocontrol y heterocontrol, aún presentes con claridad –aunque sólo en el plano organizativo– en el caso francés).
  - Lo contencioso es algo perteneciente por naturaleza al poder judicial.

No hay verdadera diferencia, en efecto, en la expeditividad de la acción del poder público administrativo y su efectividad no obstante la tutela judicial; tutela, que es así siempre un verdadero control (una revisión, una intervención *ex post*). De ahí que en Inglaterra haya debido abandonarse la teoría del *ultra vires* (conducente a la nulidad) como fundamento del control judicial. Y ello porque tal teoría no concede íntegra protección frente a las consecuencias del ejercicio del poder público administrativo, por la efectividad previa de la decisión-acción de éste.

El progresivo acercamiento se evidencia, en todo caso, en los siguientes aspectos:

1º. En el sistema de régimen administrativo se ha pasado de la concepción de la función judicial como mero control objetivo de la acción administrativa (aunque esta imagen nunca fue totalmente cierta) a la afirmación de la tutela judicial material cumplida en el contexto y bajo la forma de un control *ex post*.

La clave de esta transformación radica en la decidida emergencia, en los sistemas constitucionales correspondientes, de la posición básica del ciudadano derivada de la proclamación del valor central de la dignidad de la persona y del libre desarrollo por ésta de la personalidad, conducente al valor de la libertad articulado técnicamente en un elenco de libertades públicas (derechos fundamentales o constitucionales); elenco del que forma parte el derecho fundamental instrumental a la tutela judicial efectiva. El status conferido por tal posición quiebra el formalismo del edificio del Derecho público y, en concreto, la posibilidad misma del basamento de éste en una sola relación jurídico-administrativa, de contenido homogéneo y sostenida en el *imperium* propio de la soberanía —reunión de todas las “regalías”— capaz de explicar la colocación del significativamente denominado “administrado” en una posición universal de subordinación, es decir, de deber de tolerar y soportar en su esfera de derechos e intereses las consecuencias de la acción administrativa. Y lo quiebra, sencillamente porque hace aflorar la dimensión sustantiva o material, heterogénea y, por ello, diversa de cada vez, de la relación entre la Administración y el ciudadano, acercando, así, el esquema propio del Derecho administrativo al del Derecho civil. De lo que resulta que en la relación jurídico-administrativa puede darse también un diverso reparto de poderes jurídicos entre los sujetos de la misma: la Administración y el ciudadano (lo que luce con especial

claridad, por ejemplo, en todos los supuestos en los que aquélla pretenda hacer valer sus poderes de autotutela en el ámbito constitucionalmente protegido del domicilio).

2º. En sistema de *common law*, por el contrario, el tránsito observable es desde la teórica función judicial de mera tutela general a la afirmación de un verdadero control en el caso de los procesos relativos a la acción de la Administración: la *judicial review*.

Como para el Derecho inglés señala J. Alder (Constitutional and administrative Law, 3ª ed. Macmillan): i) se ha producido la diferenciación de los contenciosos jurídico-públicos, que no son ya iguales a los contenciosos entre los sujetos ordinarios; y ii) el cuestionamiento de las decisiones de los poderes públicos está sujeto, en efecto, a un procedimiento judicial especial, que no es el general del contencioso entre sujetos privados o con relación a situaciones jurídicas ordinarias y que recibe la denominación de *application for judicial review*, el cual es altamente discrecional y provee a los ciudadanos no sólo de remedios contra el poder, sino también de mecanismos de protección del poder frente a impugnaciones infundadas o triviales. Este procedimiento es especial en el sentido de que opera únicamente frente al ejercicio de poderes públicos.

Y lo mismo puede decirse respecto del Derecho norteamericano, en el que el proceso (*judicial review*) se refiere a una decisión (*adjudication; regulation*) administrativa previa.

En ambos casos la *review* se cumple con criterios [incluso también con un *scope*] específicos: el control del respeto de los límites constitucionales (sobre todo en el otorgamiento de poderes por el legislativo al ejecutivo) y el control de la observancia de los límites legales: *conclusions of law; findings of fact; choice of procedures*, desde el criterio de racionalidad o razonabilidad aplicado a la discrecionalidad y con deferencia para con respecto a la posición-función de la Administración. Y ello siempre que exista un derecho constitucional lesionado que permita, es decir, legitime para el acceso a la revisión judicial (o que el legislador conceda la necesaria acción), lo que hace posible la existencia de acciones administrativas no sujetas a control judicial por falta de legitimación (lo que recuerda a la construcción formal del Derecho público administrativo en sistema continental europeo).

De donde se sigue que la diferencia entre los sistemas o modelos considerados radica no tanto en el derecho a la tutela judicial y

ni siquiera en la fórmula del control judicial, cuanto más bien (y sólo) en la articulación de la competencia judicial para efectuar este control. Y a este último respecto tampoco es detectable una diferencia acusada: en Inglaterra el control del poder público se limita o circunscribe a determinados Tribunales; en los países de régimen administrativo hace mucho tiempo que se ha recuperado plenamente, no obstante la especialización del orden contencioso-administrativo, la unidad jurisdiccional (principio que es hoy es en todos ellos la base de la organización y el funcionamiento de los Tribunales), de suerte que la existencia de órdenes jurisdiccionales diferenciados responde a una solución puramente organizativo-competencial interna o en el seno del poder judicial único para garantizar la mayor adecuación-especialización de los concretos órganos juzgadores (véase el artículo 117.5 de la Constitución española, por ejemplo).

## II

La cuestión sobre la que se viene reflexionando hace referencia, en definitiva, a la construcción misma del Estado. En los dos sistemas o modelos estudiados aparece relacionada, en efecto, con los principios estructurales de la división funcional o separación de los poderes y el principio de legalidad y, por tanto, con los términos de la realización, hoy, del Estado democrático de Derecho (en un Estado que ya no es el liberal; ni siquiera en el contexto actual de la denominada “crisis” del Estado social, en virtud del neoliberalismo —entendido como recuperación y enfatización del mercado— y de la globalización financiera).

Debe notarse que así se plantea la cuestión tanto en los EE.UU. (los autores ya citados señalan que la función de los Tribunales es mantener al poder dentro de los límites constitucionales y complementar y colaborar con el Congreso en el mantenimiento de la Administración dentro de los límites y en el cumplimiento efectivo del *statutory law*, lo que evoca claramente en la lógica propia del sistema de régimen administrativo: control de la ejecución de la Ley, de los fines legales, de la acción administrativa), como en Inglaterra: el autor también ya citado advierte que la tarea de los Tribunales de asegurar que los poderes públicos se mantienen dentro de sus competencias constituye un aspecto importante del *rule of law* y de la separación de poderes, requiriendo este principio, además, que los

Tribunales no invadan la esfera de las otras ramas del gobierno; de suerte que la *judicial review* persigue precisamente que el ejercicio del poder público se produzca de manera jurídicamente correcta, pero excediendo del mismo el discernimiento de si tal ejercicio es bueno o malo (acertado o equivocado).

Todo lo cual significa en último término: la actividad hoy denominable, en todos los sistemas, “ejecución administrativa” (persecución sistemática del interés general, preprogramada de diferente forma en la Ley, para su realización práctica o real y no meramente formal) se presenta siempre con características similares, lo que da lugar a que la intervención judicial –se confiera a Tribunales únicos o a Tribunales especializados en el seno del único poder judicial– se ofrece igualmente siempre con un mismo perfil, concretamente el propio de la tutela judicial cumplida en términos de control (con independencia de cómo se construya la verificación de tal tutela-control: como sistema racionalizado-orgánico; o como sistema pragmático de pesos y contrapesos), con las siguientes consecuencias:

1ª. La tutela judicial respecto de la actividad administrativa presupone la neta diferenciación constitucional entre función administrativa y jurisdiccional, diferencia que no es lícito desconocer.

Y ello porque –con independencia de la imprecisión del “control” como concepto y técnica jurídicos– cuando dicho control se refiere o da lugar a la relación entre dos órganos del Estado (sin perjuicio de que implique desde luego la tutela de derechos, pues es preciso buscar y encontrar un adecuado equilibrio entre los momentos de tutela y de control) no es nunca un autocontrol y consiste más bien en:

- Supervisar, censurar y corregir la actuación de otro, con la plenitud o integridad y el contenido, intensidad y alcance que se quieran (plenos tendencialmente hoy en los dos sistemas, sin perjuicio de los términos de la resolución de la cuestión de la discrecionalidad), pero sin poder llegar en ningún caso a la confusión y, por tanto, a comprender en la propia actividad de control, sin más, la controlada, es decir, la sustitución en la actividad propia del órgano controlado (pues ello supondría constitucionalmente: invasión o lesión del reparto de competencias, es decir, del principio basal de la separación de poderes, del sistema de contrapesos y equilibrios entre éstos); de modo que:

- La acción de supervisar en que se traduce el control adquiere una específica e importante relevancia constitucional en el decisivo plano constructivo u organizativo el esquema de competencias.

Queda así puesta de relieve la pertinencia de la prescripción constitucional de la separación de poderes y su trascendencia en el orden competencial, si bien en modo alguno en términos recuperadores de la inicial concepción de dicha separación propiciadora de la histórica y superada regla de prohibición de toda inmisión judicial en el campo gubernativo-administrativo.

2ª. Sin entrar en la cuestión de si la legalidad como criterio de enjuiciamiento comprende o no la oportunidad (cuestión que introduciría aquí innecesariamente confusión), el control judicial lo es de constitucionalidad y legalidad, lo que quiere decir: estrictamente jurídico. Consiste en la determinación de la regularidad o no y, en función de ella, de la procedencia del reconocimiento y, en su caso, el restablecimiento de derechos fundamentales o situaciones jurídicas individualizadas desconocidas o lesionadas por la acción pública mediante la aplicación de principios, reglas y normas que sirvan de criterio válido de medida para la valoración de la referida acción.

3ª. De donde acaba recalándose en el sistema de fuentes y los poderes capaces constitucionalmente de actuarlo (más allá de cómo procede el Juez y si crea o no Derecho en el caso concreto). La función judicial no puede desconocer, pues, las decisiones constituyentes sobre las potestades legislativa y ejecutiva (reglamentos/actos) de configuración social dentro de la Constitución sobre la base del principio y valor superior de la democracia (el pluralismo político). El propio Juez juzga y hace ejecutar lo juzgado en tanto que órgano estatal soportado por la misma soberanía popular, de donde —con entera independencia de su construcción funcional o designada— su legitimidad depende de la constrictión al Derecho, de su pronunciamiento solo del Derecho (éste es cabalmente el único fundamento del principio de independencia judicial: el Juez está ciertamente vinculado sólo por la Ley, pero inexcusable y precisamente por ésta, en el sentido de Derecho).

4ª. En las relaciones jurídicas ordinarias, es decir, las denominadas de coordinación o regidas por el Derecho común, la situación se

caracteriza siempre por la presencia únicamente de posiciones materiales que no pueden reivindicar para sí la formal de decisión sobre cuál de las que estén en conflicto deba prevalecer. Hay, pues, una sola decisión vinculante (la del Juez) y, por tanto, una sola instancia estatal competente (la judicial para la adopción de dicha decisión): lo que puede hacer el demandante de una posición formal legitimante de la ejecución (poner en marcha el proceso) no lo puede hacer el Juez, y lo que puede hacer éste (adoptar y ejecutar una decisión vinculante) no lo puede hacer el demandante; existe, pues, una completa diferenciación de las funciones de uno y otro impidiendo de zonas secantes (inexistencia de problemas de delimitación).

5ª. En las relaciones jurídico-administrativas, por el contrario, la situación se caracteriza por la existencia de una decisión (expresa o presunta) pública vinculante (en el sentido de inmediatamente efectiva) previa a la intervención judicial, que determina la configuración de esta última como control, con la consecuencia de que —una vez verificado tal control— concurren dos decisiones estatales igualmente vinculantes, aunque sucesivas en el tiempo (y, desde este punto de vista, provisional una —la administrativa— y definitiva la otra —la judicial—). La específica configuración de esta situación jurídico-pública suscita de suyo la necesidad de la delimitación de las competencias para la adopción de una y otra de dichas decisiones, pues la división de poderes únicamente tiene sentido si supone que dos órganos con poderes constitucionales diferentes (poder ejecutivo y poder judicial) no pueden desarrollar, legítimamente, una misma función.

El control judicial es, así, comprobación (con extracción de las correspondientes consecuencias jurídicas) de la existencia o no de contradicción entre la decisión administrativa previa y —dada su susceptibilidad de ser revisada precisamente en sede judicial— provisional, de un lado, y el ordenamiento jurídico (lato sentido), de otro lado. La legitimación del Juez para adoptar la decisión definitiva, distinta de la administrativa, depende, pues, de la efectiva comprobación de una tal contradicción; con lo que sobre el órgano judicial pesa la carga —si es que se puede hablar aquí así— de acreditación de ésta. Por ello, Chr. Gusy (*Entscheidung und [Rechts-]kontrolle in der staatlichen Kompetenzordnung, Die öffentliche Verwaltung* núm 13, 1990) ha dicho que el Juez de lo contencioso-administrativo es

“Administración negativa” al igual que el Tribunal Constitucional es “legislador negativo”.

El control judicial sólo puede llegar allí donde una fundamentación jurídica válida otorgue soporte suficiente a la intervención del Juez, por lo que la ausencia de tal fundamento implica de suyo un ámbito libre de control judicial.

Por tanto: las instancias estatales administrativa y judicial tienen ámbitos de actuación distintos, que se delimitan recíprocamente de forma negativa.

De ahí la importancia decisiva para la delimitación de las respectivas competencias del criterio de medida (su contenido y alcance) propio del control judicial.

### III

Es evidente que el criterio de valoración judicial de la acción administrativa es específico, porque específico es también el mundo de lo público y, más concretamente, de la materia jurídico-administrativa, de lo perteneciente al interés general como distinto al interés particular, a pesar de la difuminación de la separación entre sociedad y Estado, es decir, de la imbricación actual de ambos. De lo que se sigue que no es indiferente la articulación organizativa del control judicial de la gestión de los asuntos públicos y de la tutela asimismo judiciales de los derechos afectados en el curso de tal gestión. La vieja comprobación de la dependencia de la efectividad de las Leyes, es decir, de lo que éstas sean en la realidad o práctica de la organización destinada a la ejecución de las mismas, es perfectamente aplicable al control judicial.

Sin perjuicio de la dificultad de la precisión de la noción de interés general, ya señalada por A. Nieto (“La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución Española*; Homenaje al Prof. E. García de Enterría, Vol. III, Ed. Cívitas, Madrid 1991, págs. 2186 y sgs.), y de la improcedencia hoy de la contraposición sistemática y total de interés público y privado, puede decirse que, como en su momento razonó convincentemente M. García Pelayo (*Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 3ª reimp., Ed. Alianza, Madrid 1989), aquel interés es cualitativamente distinto del referible a los sujetos ordinarios. El interés público sólo se da cuando el objetivo que debe ser atendido

por una actividad afecta a una organización política o administrativa (lo que vale decir a la comunidad que ésta institucionaliza) como totalidad y no puede ser logrado más que por esa totalidad. La apreciación y la declaración de la concurrencia de un tal interés (así como los términos de su realización) corresponde así necesariamente a los poderes constituidos conforme al orden competencial y sustantivo fijado por la Constitución y sobre la base y en el marco de ésta.

La noción genérica de interés general (su formulación en términos de cláusula formal) hace referencia a bienes imputables a la colectividad cuya tutela corresponde a los poderes públicos, es decir, las organizaciones estatales en cuanto gestores de los intereses y los bienes comunes o no pertenecientes, no asignables a la esfera de los sujetos ordinarios. En esta dimensión es donde se diferencia cabalmente el interés general.

Los sujetos públicos encargados de la gestión de tal interés tienen, por ello, una construcción jurídica peculiar, contrapuesta a la propia de los sujetos ordinarios. Estos son entidades metajurídicas dotadas de dignidad propia, respetada por el Derecho. De ahí su construcción sobre la base del libre desarrollo de la personalidad, es decir, del valor de la libertad traducido o articulado técnicamente en un conjunto de libertades públicas-derechos constitucionales. Pues portan, ellas mismas, sus propios fines y los persiguen desde y con libertad, operando así el Derecho, respecto de ellas, como límite, en modo alguno como guía o directriz positiva, menos aún como programa definido. Por ello mismo su personalidad se traduce jurídicamente en autonomía actualizable mediante una capacidad jurídica universal, salvo el supuesto de incapacitación.

Los sujetos públicos son, por el contrario, puras construcciones artificiales y serviciales para la consecución de fines concretos establecidos por la Ley. Carecen de fines propios y de entidad capaz de autojustificarse por sí mismos. Están contruidos, por ello, no sobre el principio de autonomía, sino cabalmente el opuesto: el de heteronomía. Su acción está programada por la Ley y precisa de justificación en ella, siendo ésta precisamente la significación profunda del principio de legalidad. De estos sujetos no puede predicarse, por tanto, verdadera capacidad jurídica y desde luego en ningún caso una capacidad universal. Tienen sólo competencia. Y la competencia es jurídicamente una función (apoderamiento y a la vez, de modo indisoluble, deber de actuación), en modo alguno un derecho

subjetivo, que es lo propio de los sujetos ordinarios. Por eso justamente, como en doctrina perfectamente establecida tiene señalado el Tribunal Constitucional español, los poderes públicos no pueden ser titulares de derechos fundamentales-libertades públicas, al menos de los de carácter sustantivo (otra cosa sucede con los meramente instrumentales al servicio de cualesquiera posiciones activas, como el de la tutela judicial). Esta es la razón de la afirmación doctrinal del carácter constitutivo que para el Derecho público en general y el Derecho administrativo en particular tiene la diferencia en las posiciones de los sujetos en la relación jurídico-administrativa; determinada ésta constitucionalmente de forma “asimétrica”, en cuanto el ciudadano actúa en términos de libertad “ordenada”, mientras que los órganos estatales operan en términos de competencia configurada jurídicamente (E. Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Ed. Springer, Berlín-Heidelberg 1998, pág. 15).

El principal sujeto público de este tipo es hoy la Administración, es decir, la constelación de organizaciones que resumimos bajo esta denominación. Pues ella representa la faz interna del Estado que está en constante relación con el ciudadano. Incluso y sobre todo en la actualidad, a pesar de:

- La sedicente crisis por la que, en su versión “social”, atraviesa el Estado, como consecuencia de la revitalización del individualismo y la paralela pérdida de vigencia experimentada por el valor de la solidaridad en la sociedad actual, propia de una época caracterizada por la incertidumbre sobre el futuro (en razón de la quiebra en la creencia en el progreso lineal continuado) y la sustantivación de las exigencias de la economía abierta, competitiva y globalizada (conducente a la privatización y la desregulación). Porque esta “crisis” supone no tanto el cuestionamiento frontal y la reducción del Estado, cuanto más bien la reconversión y transformación de éste (especialmente en punto a la organización de la persecución administrativa del interés general), como demuestra la potencia creciente de la Administración y su intervención precisamente en los sectores objeto de privatización. Ello es lógico en la medida en que la evolución social y económica continúa demandando la apelación al Estado justamente como instancia de control de los procesos en curso.

- La degradación de la característica “soberana” del Estado, por el proceso de “apertura”, especialmente a fenómenos de integración en estructuras superiores, a que aquél se ve arrastrado. Este fenómeno sólo significa, empero, la quiebra de la imagen del Estado como construcción cultural última, referencia única y la emergencia de una nueva imagen que lo refleja más bien como pieza dentro de sistema más amplio de poder público en curso de formación. Sin perjuicio, pues, de que el Estado esté quedando reducido a una referencia más, persiste la importancia de su función referencial, incluso y especialmente en el ámbito económico, en el que continúa desempeñando un capital papel infraestructural del sistema económico y de defensor de éste en el competitivo plano internacional y mundial.

La razón de que ello sea así no es otra que la complejidad de la sociedad actual, en la que se da una entronización del cambio permanente y a alta velocidad como consecuencia de la trascendencia en ella de la ciencia y la técnica. Se trata de la sociedad que ha dado en llamarse sociedad del riesgo (U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt 1986; traducción castellana: *La sociedad del riesgo*, Ed. Paidós, Barcelona 1998). La novedad de la sociedad así calificada radica en que el riesgo ya no es externo, con origen fundamentalmente en la naturaleza o en fuerzas no controlables por el ser humano, sino en el propio hombre y su capacidad de manipulación de la naturaleza. El hombre crea continuamente nuevos riesgos que hay que controlar, dominar (de ahí la ambivalencia del progreso actual, con consecuencias sobre la incertidumbre de la época actual, antes aludida). Aquí es donde radica la renovada función del Estado como instancia de control de riesgos.

En consecuencia: la evolución antes descrita y conducente a la confluencia práctica de los sistemas de *common law* y de régimen administrativo lleva a que la importancia del Estado como instancia de configuración y, por tanto, de recreación constante del consenso sobre las condiciones de vida en sociedad sea un fenómeno común a dichos sistemas. Y ello, precisamente bajo la forma de Estado administrativo, incluso contando con el “repliegue” estatal en su intervención tradicional a favor de la iniciativa de los privados y, por tanto, del mercado. Lo prueba el mercado mismo, en cuanto –como ya advirtiera el propio A. Smith– en modo alguno es un fenómeno

natural o espontáneo en su perfección, requiriendo para intentar alcanzar ésta de la regulación continua y más potente del Estado. Pues es precisamente ésta la que crea y, en su caso, mantiene las condiciones necesarias para el mercado. Justamente la libre competencia no es otra cosa que una política de intervención pública, cabalmente la más discrecional y potente de todas.

Cuanto menos dirigible, al menos de forma coherente y global, es la sociedad a través de Leyes generales, claras, abstractas, con vocación de vigencia indefinida y de expresión de la razón, mayor importancia cobra la actividad reguladora y situativa de la Administración pública. Lo evidencia el proceso de creciente peso de la función ejecutiva (y su complejo orgánico: Gobierno y Administración) en el conjunto del funcionamiento del Estado.

Así pues, en el actual Estado administrativo, que no es sino la infraestructura misma del sistema capitalista avanzado de la compleja sociedad de riesgo actual:

- a) La estructura de la organización pública ha de ser apta para la adaptación continua al cambio de su medio ambiente: de ahí que la Administración haya pasado a ser –en el seno de la función ejecutiva– un poder público diferenciado, en un proceso de diferenciación orgánica y funcional requerido por las mayores exigencias de división, fragmentación, limitación y equilibrio en el conjunto del poder público constituido. La separación en el complejo orgánico-funcional ejecutivo de la política (el Gobierno, en cuanto órgano directamente constitucional) y la mera administración (la Administración, en cuanto organización de mera relevancia constitucional, dirigida por el Gobierno) se ofrece, así, como condición del predicado de ésta de objetividad y legalidad.
- b) El régimen de la actividad administrativa es forzosamente complejo e incompleto (en el sentido de dejar amplio margen de opción y decisión a la propia Administración), en la medida misma del crecimiento y la generalización de los fenómenos de legislación motorizada y cambiante, tendencia progresiva a sustituir la regulación condicional (tradicional, requirente de la comprobación de la concurrencia del supuesto de hecho abstracto normado) por la finalista (previsión únicamente de fines y objetivos, por impracticabilidad de tipificación suficiente de supuestos; remisión en cuanto a los medios

a la fase aplicativa o ejecutiva), reducción de la Ley programa, medida o instrumento de configuración coyuntural, que ni siquiera es capaz de anticipar todas las respuestas. Con las consecuencias que de ello se siguen para la realidad misma de la acción de la Administración.

- c) La diferenciación de técnicas públicas o administrativas de dirección social se hace indispensable, siendo la configuración de las mismas necesariamente específica al tener por objeto una incidencia “macro” o que afecta simultáneamente a una multiplicidad de intereses diversos en forma y sentido, además, distintos, lo que no sucede en el caso de las técnicas jurídico-privadas, a las que es inherente un enfoque “micro” del tejido social.

En esta situación, los problemas del control judicial de la acción administrativa no sólo cobran renovada trascendencia, sino que tienden a plantearse y resolverse a la luz de la idoneidad de aquel control para afrontar los riesgos que la lógica y dinámica de su objeto comportan. Lo que lleva a planteamientos sustancialmente equivalentes, pero basados necesariamente en la especificidad de aquél, paralela a la de la acción administrativa misma. Especificidad que es el fundamento mismo de la diferenciación, en el seno del poder judicial único, de un orden jurisdiccional especializado.