

POTESTAD, FUNCIÓN. UNA REVISIÓN DESDE EL DERECHO PÚBLICO TRANSNACIONAL Y GLOBAL^(*)

HÉCTOR IGLESIAS SEVILLANO^(**)

SUMARIO. I. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA POTESTAD: 1. *La potestad en el derecho administrativo.* 2. *La tradición del ejercicio de potestades por sujetos privados.*— II. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA FUNCIÓN.— III. LA INCIDENCIA DE LOS MODELOS TRANSNACIONAL Y GLOBAL: 1. *El modelo europeo: el reconocimiento mutuo.* 2. *El modelo norteamericano: el Sarbanes-Oxley Act.*— IV. UNA PROPUESTA PARA UN DERECHO PÚBLICO EN TRANSFORMACIÓN: LA FUNCIÓN DE RELEVANCIA JURÍDICO-PÚBLICA.— V. CONCLUSIONES.— VI. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El binomio «potestad», «función» ha caracterizado un largo debate en Europa continental sobre la naturaleza de la actividad administrativa y su fundamento democrático en el marco de Estado de Derecho. El objetivo del presente estudio es revisar la actualidad de esta distinción en el contexto de las nuevas manifestaciones del derecho administrativo en mutación, y en particular su encaje en el nivel transnacional y global. Con tal objetivo, se presenta, en primer lugar, un breve análisis crítico de la tradición clásica de ambos conceptos; en segundo lugar, el contraste de este modelo con los fenómenos jurídicos que denominamos de transnacionalidad «leal» y «hostil»; y en tercer lugar, la propuesta de formación de un concepto más amplio, que aglutine los modelos anteriores —aún vigentes en el derecho interno— y categorice al mismo tiempo los fenómenos supranacionales. Esta propuesta ha sido denominada la *función de relevancia jurídico-pública*.

Palabras clave: potestad; función; derecho transnacional; derecho global; relevancia jurídico-pública.

ABSTRACT: The pair of concepts «power» and «function» boast a long standing tradition of debate within the European continental legal space, concerning the nature of the administrative activity and its democratic foundations in a rule of law State. The aim

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de febrero de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de abril de 2020.

(**) El presente estudio ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Relaciones jurídicas transnacionales en el mercado interior y justicia administrativa» (DER2017-84500-P) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, del que es investigador principal Jorge Agudo González.

of the present essay is to review the current status of this distinction in the context of the new phenomena of Administrative Law, including the transnational and global levels. With this target in mind, we present, on the one hand, a brief critical analysis of the classical conceptions of both concepts; on the other hand, the contrast between this model and what we call «loyal» and «hostile» transnationality. Thirdly, we try to solve this contrast with a proposal of a wider concept, which includes inside both models —still applicable under national law— but that categorizes supranational cases. This proposal has been called «the function of legal-public relevance».

Key words: administrative powers; function; transnational law; global law; legal-public relevance.

I. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA POTESTAD

1. La potestad en el derecho administrativo

El objetivo del presente trabajo es demostrar que el modelo teórico de la potestad, tal y como ha sido concebido en el derecho administrativo general clásico, resulta de difícil encaje ante la realidad compleja de la eficacia transnacional y global del derecho público (1). El reverso de esta afirmación es que estas dos nuevas vertientes mencionadas requieren una teoría que justifique el ejercicio de poderes en tales contextos, cuyo concepto de referencia, como se verá, sólo puede ser la función. El presente trabajo aspira a proponer un modelo teórico-conceptual para dar respuesta a esta carencia. En ningún momento cuestionaremos el protagonismo de la teoría de la potestad en el derecho administrativo estatal bajo la vigencia del principio de legalidad, pero sí su insuficiencia para explicar las relaciones extra estatales de derecho público.

Cuando hablamos de *potestad*, nos referimos a poderes jurídicos estatales, amparados por un ordenamiento jurídico y distintos de un derecho subjetivo (2). De esta forma, *potestad* es el término que empleamos para designar el poder que *aparece investido de una autoridad*, pero el más genérico de *poder* serviría para designar situaciones en las que falta una posición de superioridad genérica, dominio o una autoridad jurídicamente constituida,

(1) A los efectos del presente trabajo, esta crítica es válida para el concepto de potestad en general, y por tanto para distintos tipos de potestades: más concretamente, es igualmente válida para el ámbito de las potestades regladas y para el de las discrecionales, porque la clave aquí se encuentra en la dificultad de verificar un principio de legalidad en la atribución de la potestad a nivel transnacional o global, y no en el contenido que el legislador da en cada caso a tal potestad. De cualquier modo, no profundizaremos aquí en la distinción entre potestades regladas y discrecionales, sino que abordaremos directamente el concepto y sus diferentes vertientes en general, para examinar su utilidad para la realidad jurídica actual, no limitada al derecho estatal.

(2) Véase S. ROMANO, 1947:173.

de tal forma que «poder» puede llegar a englobar por su generalidad los propios derechos subjetivos (3). Poder administrativo se ha identificado con «*administración subjetiva: comprende todas las facultades inherentes al poder ejecutivo, menos las concernientes al orden político y al judicial: está subordinado a la ley y es paralelo de la política y de la justicia*», y la potestad, por tanto, sería el poder administrativo «activo» o «*acto de imperio*» (4). El poder público se ha caracterizado como la capacidad de imponer una voluntad preponderante, que el Estado ejercita a través de determinados sujetos que, como autoridades, aparecen investidos de tal poder, pero que concentrado en una sola mano amenaza a la libertad misma en la que se fundamenta el Estado de Derecho (5). No es de extrañar que un poder tan extenso se vincule históricamente a la confusión entre *imperium* y *dominium* que es propia del derecho feudal medieval (6).

La rigidez de este concepto de potestad tiene justificación plena en su contexto de nacimiento. En el derecho público estatal, poder y soberanía se identifican plenamente y vienen encarnados exclusivamente en el Estado. Paradigmáticamente, se ha dicho que «*todo poder del Estado es facultad de obrar, y como emanado de su soberanía, contiene en sí el principio de autoridad. Pero esta facultad de obrar con autoridad [sic] que tiene la Administración, en cuanto que es Poder Ejecutivo del Estado, se diversifica en varias facultades, cada una de las cuales lleva ingénito el mismo principio de autoridad, mostrándose como otros tantos poderes que reciben el nombre de potestades*» (7). La referencia al «poder del Estado» ni afirma ni niega que existan poderes más allá de él, pero por el contexto histórico de la afirmación, parece claro que esa posibilidad, en principio, no se contempla. Curiosamente, citando al propio SANTAMARÍA DE PAREDES, se ha dicho también que, asumiendo que los tres poderes del Estado son, propiamente, funciones, las potestades administrativas serían «*las diversas direcciones en que se manifiesta la actividad de ésta [la Administración] en su*

(3) De nuevo, véase ROMANO, 1947: 194.

(4) Literalmente, «administración sugetiva», véase M. COLMEIRO, 1858:46-47 (la cita textual pertenece al parágrafo 84). Significativamente, por cierto, traza el autor entonces una distinción entre poder administrativo interior y exterior que se deriva de la propia Constitución española de 1845, artículo 43: «La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes», reconociendo, de algún modo, cierta normatividad constitucional, o por lo menos su relevancia dogmática como vertebradora del ordenamiento jurídico.

(5) O. MAYER, 1895: 68.

(6) L. DUGUIT, 1913: 5 y ss. Por cierto que tampoco hay que desdeñar el más que probable origen germánico de esta confusión, como explicaremos más abajo.

(7) Véase V. SANTAMARÍA DE PAREDES, 1911: 52 y en el mismo sentido, J.L. VILLAR PALASÍ, 1977: 159 y ss.

consideración de Poder» (8). Obsérvese aquí la menor importancia que ocupa la legalidad en esta aproximación funcionalista a la potestad.

El problema de la distinción entre potestad y función es ciertamente menos importante en otros modelos de Derecho público. Así, por ejemplo, en el Derecho administrativo inglés la conexión entre el poder soberano, que corresponde a «*the Queen in Parliament, acting by Act of Parliament*», y el principio de legalidad es tan directa, que las potestades (genéricamente, «*powers*») no constituyen un concepto autónomo, y una vez atribuidos por la ley a una autoridad pública, son interpretados con amplitud (9). Este no es desde luego el caso del derecho administrativo italiano, donde la potestad aparece en la mejor doctrina como dependiente o subordinada a la función a cuyo cumplimiento sirve, así como su ya mencionada distinción del derecho subjetivo; aunque es más endeble la equiparación de la potestad jurídico-pública con una mera capacidad de obrar jurídico-privada, como las capacidades de contratar o testar: aquí no hay auténtico parangón, porque la potestad administrativa es siempre un poder que supera la mera «*capacità di agire*» y que debe ser sometido a un control jurisdiccional independiente (10). Más convincente parece la idea de que las potestades administrativas deben siempre ostentar un fundamento normativo («*principio di tipicità*»), pero sin excluir por completo, naturalmente, cierta discrecionalidad aplicativa. Por eso se ha propuesto que la potestad administrativa es un tipo particular de poder, que se ejerce a través del procedimiento administrativo, y que se distingue de otros poderes: el poder privado, que sería libre en su fin y no requiere procedimiento; la potestad legislativa, que es libre en su fin; y la potestad jurisdiccional, que estaría limitado a la aplicación de la ley, de manera que la potestad administrativa sería una suerte de «*vía intermedia*» entre la potestad legislativa y la jurisdiccional (11). En determinados contextos históricos, como también es sabido, la noción de potestad administrativa se ha opuesto a otros conceptos deliberadamente ambiguos, tales como actividad de gestión o acto político, para restringir el control

(8) M. GASCÓN Y MARÍN, 1935: 207.

(9) H.W.R. WADE y C.R. FORSYTH, 2011: 21 y 179, respectivamente.

(10) Además, en el derecho privado también existen potestades —como recordaremos en algún otro momento— tales como la patria potestad, etc., que no son en sí mismas manifestaciones de la capacidad de obrar. Sin embargo, afirmando que la potestad sí es una manifestación de la capacidad de obrar del Estado y la Administración (según de qué potestad se trate en cada caso) véase G. ZANOBINI, 1958: 175.

(11) B.G. MATTARELLA, 2015: 291. La afirmación citada bien puede ser sometida a discusión, sobre todo en lo que respecta a la potestad jurisdiccional, donde parece ya difícil no reconocer la existencia de discrecionalidad alguna; parece más exacta en lo que respecta a la potestad legislativa, donde efectivamente es necesario reconocer sumisión del legislador sólo a la Constitución, lo cual implica que, fuera de esta vinculación constitucional-normativa, esta potestad es originariamente discrecional, incluso para no legislar.

jurisdiccional de la actividad administrativa (12). Hoy, sin embargo, cunde la idea de que en el control de la actividad administrativa, no puede descartarse cierta flexibilización de la vinculación a la ley en el ejercicio de potestades administrativas discrecionales (13).

En el derecho administrativo español —tradicionalmente sometido a diferentes influencias— ha predominado el concepto de potestad, que ha sido caracterizado como el «*mecanismo técnico*» en que se expresa el principio de legalidad de la Administración. La acción de la Administración consistiría íntegramente en el ejercicio de potestades atribuidas por la Ley (14). Este modelo de la atribución y delimitación parece seguir siendo el más aceptado, aunque es bien conocida su mutación constitucional, que podría llegar a restringir incluso la potestad legislativa de los órganos de representación, imponiéndoles una «*densidad mínima*» (15). Resulta significativo que, desde otro punto de vista, se ha relacionado también íntimamente potestad y legalidad, pero en el orden inverso, admitiendo que la potestad es la legalización de un poder público de existencia anterior. Así, la potestad sería «*la posibilidad de emanar o emitir actos de mando con fuerza ejecutiva*», lo cual daría por sí sólo ya una primera característica de la Administración, su «*posición de supremacía y de potestad*». La potestad se identificaría como heredera de la antigua potestad «*mayestática*» del *princeps legibus solutus*, pero con una diferencia: el principio de legalidad jugaría ahora un papel clave como límite y control de tal potestad, que en el Estado de Derecho ya «*no existe de manera autónoma o innata en la Administración, sino que ha de ser atribuida por los órganos legislativos*» (16). Obsérvese que aquí potestad se equipara a poder público, que siempre existe en ejercicio de una función jurídico-pública, y la legalidad aparece ahora como el «*mecanismo técnico*» de control de dicha potestad, invirtiendo los términos de la concepción anterior (17). Este modelo parece más ajustado a la realidad de las potestades como expresiones de un poder público que, aunque juridificado bajo el paraguas de la legalidad, existe más allá de

(12) A. DE LAUBADÈRE, 1957: 60.

(13) H. MAURER, 2011: 167.

(14) En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, 2011: 465.

(15) S. MUÑOZ MACHADO, 2015: 218.

(16) J.A. GARCÍA-TREVIANO FOS, 1974: 412-413.

(17) Aunque, en realidad, ambas concepciones están afirmando —si entendemos bien— que la vinculación potestad-legalidad es en sí misma una técnica de control del poder administrativo, precisamente mediante la atribución de poderes específicos a la Administración. Esta sería, en realidad, la idea de la vinculación positiva: la legalidad atribuye potestades a la Administración y por tanto le atribuye poder material, pero la legalidad es el mecanismo de control previo de dicho poder. Esta es, precisamente, la idea que se rompe en los niveles transnacional y global, y de ahí que necesitemos un nuevo modelo para explicar la justificación del poder público en estos ámbitos y su control.

él en el tiempo y en el espacio (ni el poder público ni las potestades nacen con la legalidad, aunque se sometan a control óptimamente con ella, al menos cuando es democrática). Es más, este parangón del moderno concepto de potestad con las regalías medievales implica que la potestad es, propiamente, un «*poder genérico*», y en concreto las potestades administrativas constituirían un tipo de potestad en particular, aquella que «*se ejerce en interés ajeno y su ejercicio constituye en cierta forma una obligación*»: a este tipo jurídico-público de potestades se le denomina —no por casualidad— «*potestad-función*» (18). Por tanto, el vínculo de la potestad-función no debe establecerse sólo con la legalidad (esto es indudable en el contexto del Estado, y ni los autores citados ni nosotros lo dudamos) sino sobre todo con el servicio al interés general, razón por la cual la potestad administrativa es «*indisponible, irrenunciable y de actuación inexcusable*» (19).

En fin, este es sólo un botón de muestra. Cada una de estas concepciones responde a un determinado contexto jurídico-cultural e histórico complejo; basta aquí con haber puesto de relieve que el concepto de potestad no es, ni mucho menos, monolítico. Por lo mismo, no es tampoco el único modelo posible de ejercicio del poder público. Más bien habría que decir que la articulación del poder público a través de potestades es el modelo de atribución de funciones jurídico-públicas que rige bajo el principio de legalidad, y aún así la fenomenología es rica y diversa. Como se ha dicho de forma particularmente clara, la Administración Pública es un organismo público que cumple su función administrativa a través de una potestad (20). La potestad, por tanto, es medio para cumplir la función, y no finalidad en sí misma. Por supuesto, fuera de un espacio de vigencia del principio de legalidad (o lo que es lo mismo, fuera del territorio del Estado) la articulación de las funciones jurídico-públicas a través de potestades no resulta —a nuestro modo de ver— viable. Es aquí donde habrá que buscar otras alternativas.

2. La tradición del ejercicio de potestades por sujetos privados

Hasta ahora hemos recordado retazos de la doctrina clásica de la potestad administrativa, que nos sirven para exponer el problema de la articulación del poder público exclusivamente por la vía de las potestades legalmente atribuidas. Sin embargo, hay otra vertiente de las potestades que es importante para entender el problema del ejercicio de funciones de relevancia jurídico-pública

(18) VILLAR PALASÍ, 1977: 162. Argumentando que la excepción a esta naturaleza de función se encuentra en las potestades de organización, véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2011: 470.

(19) L. PAREJO ALFONSO, 2013:288.

(20) M. HAURIU, 1914:22.

a nivel transnacional o global. Como veremos, el ejercicio de poderes no vinculados legalmente en su territorio de eficacia es una realidad, bien se trate de Estados que ejercen poderes extraterritoriales, bien de organizaciones internacionales o incluso sujetos privados. En el primer caso, hablamos de un fenómeno de derecho transnacional, y en el segundo, de derecho global, en sentido estricto, no estatalmente vinculado. El ejercicio de poderes de relevancia jurídico-pública no atribuidos legalmente por parte de sujetos privados es, de esta panoplia de situaciones difíciles de justificar, el más insólito desde el punto de vista clásico (21). Estos poderes ejercidos extraterritorialmente son fundamentalmente dos, que son también los dos más sensibles en el nivel estatal: el normativo y el control.

La conclusión más sencilla es que estos poderes son de mero hecho, y que dan lugar a un conjunto de normas y decisiones no necesariamente sistemático, o no sometido a una idea de ordenamiento cerrado equivalente al estatal (22). Esta realidad plural de las normas supranacionales tiene su contraste, sin embargo, en ciertos fenómenos históricos, que demuestran que no sólo existen potestades estrictamente de derecho privado (así, el *paterfamilias* es titular de la *patria potestas* sobre sus hijos —hoy los progenitores, artículo 154 del Código Civil—) sino que en determinados periodos han existido también potestades de relevancia jurídico-pública o potestades-función en manos de sujetos privados (23). No hablamos aquí de las potestades legalmente atribuidas a la Administración y que ésta, mediante diferentes fórmulas (v.gr., la concesión de un servicio público) atribuye a sujetos privados que, a esos efectos, actúan como Administración Pública —fenómeno común en el derecho administrativo actual—, sino de ejercicios de poder público por sujetos privados al margen

(21) Sobre la existencia de estos sujetos diversos, algunos jurídico-públicos y otros jurídico-privados, y en referencia al problema de su legitimidad, véase por ejemplo RODRÍGUEZ-ARANA (2010: 20).

(22) Genéricamente, puede extraerse esta conclusión de trabajos de referencia, pero tan dispares entre sí como M. SHAPIRO, 1993: 37-64, B. KINGSBURY, N. KRISCH y B. STEWART, 2007, o S. CASSESE, 2009.

(23) Por cierto que, en su redacción actual, este precepto (atribución legal de una potestad a sujetos privados) define la *patria potestad* como «responsabilidad parental, [que] se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental», pero luego se refiere a ella hasta dos veces como «función» («Esta función comprende los siguientes deberes y facultades» y «Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad»). Esta confusión de términos no está en el texto original, sino que aparece en la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio; antes de esto no hay —salvo error— en ninguna de las versiones anteriores ni rastro del concepto de «función», si bien parece que la intención del legislador es emplearlas como sinónimas. En todo caso, el argumento que justifica calificar esta función como potestad es, precisamente, la atribución legal que realiza este precepto en favor de los progenitores.

de una encomienda específica o incluso al margen de toda atribución legal. Ahora bien, este fenómeno no se produce en el vacío: los modelos históricos —que son un recurso habitual en la doctrina del derecho global (24)— pueden ilustrarnos y demostrar que, en realidad, este es un fenómeno recurrente (25).

La atribución de potestades-función (26) a sujetos o entidades privadas, en realidad, es un lugar común de ciertas culturas jurídicas clásicas, sobre todo en el derecho germánico. Como es bien sabido, el derecho germánico penetra en España a través de la cultura jurídica visigoda, incluso a pesar de la gran romanización jurídica: las prácticas del derecho germánico nunca fueron desterradas totalmente en el ámbito privado (27). Ciertamente, es bien conocido que en la historiografía jurídica española esta tesis ha tenido grandes prosélitos y detractores (28). Según este planteamiento —que seguimos—, existió una divergencia entre la *Lex visigotorum* y el Derecho consuetudinario visigodo, que subsistía junto con aquél, incluso en abierta contradicción, que no podría explicarse sólo en virtud de ciertas influencias francesas y que se manifiesta en fueros e instituciones aisladas (29). Así, por ejemplo, la familia (*Sippe*) era uno de los principales centros de poder (30), y por tanto de imputación de funciones con relevancia jurídico-pública. La alta noción de la familia de que hacía gala el derecho germánico, a la que consideraba como

(24) Así, DOMINGO OSÍ concibe su teoría (de origen iusprivatista) del derecho global como una sucesión de parangones históricos magníficamente argumentados, proponiendo incluso extrapolar al mundo global contemporáneo un conjunto de *regulae* del derecho romano, 2008: 213-219.

(25) No obstante, el acuerdo sobre la naturaleza del derecho global no es total; de hecho, es una materia viva de debate, en particular en su vía de análisis de derecho administrativo global: para un trabajo crítico con este concepto, vid. M.M. DARNACULLETA GARDELLA, (2016: 48).

(26) Más abajo formaremos un concepto específico para amparar el fenómeno del ejercicio de poder no atribuido legislativamente, el de función de relevancia jurídico-pública. No vemos inconveniente en identificar estas funciones con la potestas romana, pero sí con la potestad administrativa en los términos en los que es definida doctrinalmente en el sentido de ROMANO, 1947: 194 y de ahí que propongamos un nuevo concepto más amplio para amparar las versiones modernas de este fenómeno.

(27) Véase en general E. HINOJOSA y NAVEROS, 1993.

(28) Véase la introducción de F. TOMÁS Y VALIENTE a HINOJOSA, 1993: X y del mismo autor F. TOMÁS Y VALIENTE, 1983:53 y ss. La tesis de HINOJOSA es precisamente esta: que el derecho germánico, siempre preferiblemente consuetudinario (así lo era desde luego en la España visigoda, cuando intentaba ser desplazado por un derecho escrito romanizado) subsiste y vive un gran apogeo en una Alta Edad Media carente de un poder central y de un derecho escrito eficaz. Bien mirado, esta no es una situación muy lejana a la del actual derecho supranacional, en el que tampoco puede ignorarse el peso cultural jurídico, a través de tradiciones de origen germánico, ostentan estos modelos de potestad-función en manos privadas.

(29) HINOJOSA (1993: 7-9).

(30) J.M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, 1996: 292.

una unidad cohesionada, está en el germen de dos instituciones profundamente enraizadas en las sociedades germánicas: la venganza de sangre y la cojura. Los cojuradores eran miembros de la propia familia que prestaban juramento junto a la víctima de haber sufrido el delito a modo de prueba judicial de los hechos enjuiciados (31). La lucha contra el infractor era una tarea colectiva, de la *Sippe* en su conjunto, y de ahí también la atribución del derecho a la venganza privada, que no es más que la expresión privatizada de una de las grandes potestades-función del Estado, el *ius puniendi* (32). Semejantes rasgos se conservan en otros derechos que suponen atribuciones del *ius puniendi* y autotutela a particulares, como el derecho de la víctima que había sufrido los daños producidos por animales domésticos a apropiárselos y aún castigarlos a su voluntad (33). Pero la atribución de potestades no impedía el sometimiento al control del Derecho institucionalizado: el derecho a la venganza privada requería la declaración judicial de la enemistad y la declaración de *diffidamentum* o desconfianza (34). Ambas eran complementarias, y permiten asimilar en cierto modo la venganza de la sangre más bien a la ejecución de una sentencia judicial contra el condenado, de manera que se salvarían las ideas —modernamente compartidas— de la heterocomposición de conflicto (sólo se privatizaría la ejecución) y la atribución de su resolución a un órgano público institucionalizado. Ejercicio de funciones públicas, de *potestas*, por parte de sujetos privados, por un lado, y su sometimiento a control, especialmente el de una autoridad judicial, por otro, parecen haber sido auténticos *topoi* germánicos. Con distintos niveles de influencia, no hay ordenamiento jurídico occidental en el que no persista un cariz de derecho germánico. En el orden feudal, por encima de todo, se consagró un poder político muy fragmentado (35), en el que «instancias autónomas» ejercían en interés propio poderes genuinamente institucionales (hoy estatales) (36).

No es nuestra intención afirmar que el derecho supranacional, transnacional o global nos devuelve a la Europa feudal, sino que en la tradición jurídica occidental existen instituciones en las que se verifica la atribución de potestades-función a sujetos privados, a las que en la práctica se recurre constantemente en situaciones de fragmentación del poder. Así, el Estado cuyo imponente poder se articula a través de la legalidad sucede a un feudalismo marcado por la fragmentación, en medio de la cual el ejercicio de potestades por sujetos privados era requisito indispensable para la misma operati-

(31) HINOJOSA (1993: 18).

(32) *Id.* (1993: 18).

(33) *Id.*, (1993: 28).

(34) *Id.*, (1993: 37).

(35) P. GROSSI, 1996:63.

(36) A. ÁLVAREZ DE MORALES CHECA, 2002: 59.

dad de la sociedad. En otras ocasiones, sencillamente, estos sujetos eran tan fácticamente poderosos que era imposible evitar que asumieran semejantes poderes. El pluralismo jurídico supranacional del siglo **XXI** plantea problemas de fragmentación similares a los anteriores, en los que elementos «*durmientes*» de la cultura jurídica, como el ejercicio de funciones o potestades-función por sujetos privados, incluso sin amparo directo en la legalidad misma, pueden aflorar como respuesta a la ausencia de instrumentos para categorizar los nuevos poderes no estatales.

II. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA FUNCIÓN

En cierto modo contrapuesta, y en cierto modo complementaria a la teoría de la potestad, aparece la teoría de la función administrativa. En realidad, la función administrativa es un tipo de función, y su teoría debe ser examinada en el contexto de la teoría de la división de poderes, pues existe una conexión directa entre la idea de los tres poderes como funciones del Estado, y la actividad administrativa como función. Así, puede decirse que existe una contraposición, no infalible pero sí consolidada, entre un modelo de Estado, personificado y que concibe sus tres poderes como funciones, y por ende la actividad administrativa como expresión de una función (37); y otro que, aspirando a preservar una división no sólo funcional y orgánica sino una separación institucional y conceptual entre los poderes del Estado, preservando su «*sustantividad propia*», personifica la Administración y concentra el foco en la noción de potestad (38), que naturalmente tiene el componente de sumisión al principio de legalidad que no necesariamente garantiza la función. Ambas concepciones, por supuesto, no siempre son excluyentes entre sí, pero una de ellas suele predominar en cada autor.

El estudio de la teoría de las funciones administrativas, y de las funciones en particular, suele ocupar un lugar destacado en los tratados y manuales de la materia en la doctrina italiana. Zanolini aborda el problema de las funciones en el contexto de las funciones del Estado (39), que es el centro de imputación de la personalidad jurídica, sin que pueda hablarse propiamente de una suerte de «*doble personalidad*», teniendo la personalidad jurídica de la Administración una «*relevancia práctica*» sólo dentro del derecho del Estado (40). La idea de la personalidad jurídica estatal tuvo siempre, por supuesto, una naturaleza política, como instrumento de sometimiento del Príncipe, convirtiéndole en un

(37) ZANOLINI, 1958: 13.

(38) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2011, I: 34.

(39) ZANOLINI, 1958: 10.

(40) F. GARRIDO FALLA, 1989: 307.

órgano del Estado mismo (41). Para la mejor doctrina contemporánea italiana, la Administración está al servicio de sus funciones específicas, que justifican su razón de ser ante la sociedad y constituyen el principio ordenador de la organización y de la actividad administrativa, y hasta determinan el sistema de fuentes (42). La Administración es considerada, en cuanto tal, función, en la medida en que sirve a los intereses generales y debe estar en conjunto en un «*rapporto di congruenza*» con los fines (sic) públicos; esta sería, además, una afirmación descriptiva, y no normativa, de la naturaleza de la Administración como tal función (43). Las funciones administrativas tendrían cuatro elementos estructurantes: materia objeto de intervención, los fines de la intervención (que no deben confundirse con los fines del acto en particular), las atribuciones conferidas a la Administración por la norma jurídica para llevar a cabo tales fines (es decir, las potestades) y los destinatarios (44). El mismo modelo ha utilizado la doctrina italiana —a nuestro modo de ver, con singular acierto— para construir la atribución de potestades en el ordenamiento jurídico-administrativo de más rápida evolución: el derecho europeo. La función en el derecho europeo se definiría sencillamente como el desarrollo de aquellas actividades competencia de la Unión Europea que están orientadas al interés general (45). Aunque aquí hay que subrayar que el complejo entramado institucional de la Unión hace difícil identificar estas funciones con la potestad y competencia de un determinado órgano, a salvo la función jurisdiccional (46). Modernamente, se ha dicho que el concepto de función implica asignar una determinada tarea a un sujeto, y en este sentido, sería también un concepto de resultado (47).

La mencionada crítica que niega la personificación jurídica del Estado tiene su fundamento precisamente en una determinada concepción, no ya de la Administración —también—, sino de la división de poderes misma. Según este planteamiento, la personificación del Estado negaría la personificación de cada uno de sus tres poderes, y esto equivaldría a negarles sustantividad propia situarlos como meros órganos, definiendo la actividad administrativa (e incluso los poderes legislativo y judicial) desde un punto de vista meramente funcional, como funciones del Estado, y no como poderes independientes. Además de

(41) A. GALLEGO ANABITARTE, 1971: 372.

(42) G. NAPOLITANO, 2015: 29.

(43) *Id.*, p. 33.

(44) *Id.*, p. 42. Se ve aquí, de nuevo, como ambas concepciones, la funcional y la de las potestades, no son necesariamente excluyentes, sino que de hecho son necesariamente convergentes —dentro del Estado de Derecho—.

(45) B. G. MATTARELLA, 2018: 146.

(46) *Id.*, p. 150.

(47) A. BERGER, 2016: 38. Esta es, posiblemente, la mejor monografía contemporánea sobre el problema de la función jurídico-pública.

postularse exclusivamente la personificación de la Administración Pública, se afirma la inutilidad de la construcción funcional, pues «*funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social*» (48).

Para entender bien esta preocupación, hay que recordar que la división de poderes ha sufrido sucesivas crisis, singularmente en el primer tercio del siglo XX. Naturalmente, el crítico por antonomasia será Schmitt, que reducirá la división de poderes a un mero principio de organización del Estado burgués (49). La llamada «*separación de poderes*» en realidad no sería más que una mera «*distinción*» de las autoridades superiores y de sus competencias, y cierta conexión «*de influjo y contrapeso*» entre los poderes (50). La doctrina más fielmente seguidora de este autor en Alemania ha continuado, en cierta medida, esta línea de pensamiento (51).

Está fuera de cuestión la importancia de la división de poderes en la construcción del Estado constitucional de Derecho, donde sigue plenamente vigente (52). La división es también clara en la Constitución española de 1978,

(48) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2011, I: 36.

(49) C. SCHMITT, 2001: 141-142. El traductor introduce también la crítica terminológica de Schmitt entre «distinción» —término adecuado en su opinión—, «separación» —término propio de la construcción burguesa— y «división» —que para él tendría un sentido orgánico— (p. 189). Nosotros en el presente trabajo seguimos por nuestra parte prefiriendo la expresión división de poderes, porque resalta el elemento orgánico funcional de cada uno de los tres poderes frente a la teoría de la separación fundada en la personificación de cada uno de ellos.

(50) En España, cuestionó la formulación tradicional de la separación de poderes JIMÉNEZ DE ASÚA: «La separación de Poder ejecutivo y del legislativo, que arranca de la doctrina de Montesquieu está hoy en franca crisis. Hoy el poder reside en el pueblo, encarna en el Estado y se ejerce por sus órganos; no hay necesidad de hacer esa división, sino de afirmar más bien la seguridad y la permanencia de la labor de cada uno», en el marco de la Comisión encargada de la elaboración del proyecto constitucional de 1931, citado por A. MENÉNDEZ REXACH, 1978: 497. Según este planteamiento, el principio de división de poderes sería estrictamente técnico. De hecho, la Constitución no hablaba propiamente de poderes sino de órganos al referirse a los órganos constitucionales. Esta tesis se consolida efectivamente en el mismo artículo 1 del texto: «Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo», aunque quedan residuos del uso del término poder en el sentido liberal clásico (artículo 61: «Poder Legislativo»).

(51) Así, en el mismo sentido se pronuncia una de las voces más autorizadas del Estado de Derecho europeo contemporáneo cuando afirma que «la articulación de poderes ha perdido el fin que tuvo en su origen [...], es decir, el de establecer una distribución política del poder entre las distintas fuerzas político-sociales, y en consecuencia ha de replantearse como una articulación de funciones», véase E.W. BÖCKENFÖRDE, 2000: 122.

(52) En cualquier caso, GASCÓN y MARÍN aún recoge una serie de opiniones contrarias o desconfiadas hacia el principio de separación en su sentido más estricto, alejadas del estigma schmittiano, incluso a través de algunos críticos muy tempranos, entre ellos, Madison en *El Federalista*, donde sostiene que la intención de Montesquieu no habría sido proponer la exclusión de toda acción parcial o control recíproco, sino sólo garantizar su independencia y evitar que el conjunto de un poder dominara el conjunto del otro (1935: 206).

aunque sólo el judicial sea calificado propiamente como «Poder» (Título VII). Sin embargo, en el Estado personificado, la división se salva dentro de la personalidad jurídica del Estado reconociendo a cada órgano facultades para la defensa de sus propias competencias frente a la injerencia del resto de poderes (53). Esto en el plano de la práctica constitucional. En el plano dogmático, la función, y no la potestad, nos permite abordar la actividad jurídico-pública desde una perspectiva holística. Dicho de otro modo, sólo a través de la función podemos identificar la actividad que, como delimitaremos en términos lo más flexibles posible dentro del concepto, tiene relevancia jurídico-pública. Limitar esta actividad a las potestades legalmente atribuidas es sencillamente ignorar la existencia de actividades paralelas que, fuera de la estructura del principio de legalidad jurídico-administrativo, ejercen la misma función. Otra cosa es exigir que la atribución de potestades a la Administración Pública estatal sea realizada bajo el principio de legalidad; ambas afirmaciones no son, en absoluto, incompatibles. Gracias a la dogmática funcional, por ejemplo, se ha podido caracterizar una de las funciones administrativas más clásicas tanto del ordenamiento jurídico estatal como del incipiente derecho administrativo europeo: la función de control (54). No era posible obtener un análisis completo de la problemática del control exclusivamente desde las potestades de control, ni siquiera bajo la categorización de estas como potestades-función, precisamente porque, en tanto que potestades, su carácter restringido sólo captaba una parte de la fenomenología del control. Por tanto, para nosotros el Estado personificado debe seguir siendo centro de imputación único de la voluntad de poder sometida a la legalidad y de su expresión en el ejercicio de sus diferentes funciones. La personalidad jurídica del Estado es la base para que este pueda proyectarse hacia el exterior y relacionarse, ahora ya no sólo con otros Estados, sino también con los fenómenos y sujetos supranacionales. Al mismo tiempo, la dogmática funcional es el mejor instrumento para categorizar la actividad jurídico-pública y administrativa, que queda muy limitada como objeto de estudio al reducirse a la potestad.

III. LA INCIDENCIA DE LOS MODELOS TRANSNACIONAL Y GLOBAL

1. El modelo europeo: el reconocimiento mutuo

Expuestos ya los fundamentos tradicionales de las teorías de la potestad y la función, es necesario hacer una referencia a los contextos en los que —según entendemos nosotros— ambos conceptos se ven alterados, quebrando el principio de sumisión del poder público al principio de legalidad. Estos supuestos los

(53) A. GALLEGO ANABITARTE, 1992: 85.

(54) Nos referimos a J. AGUDO GONZÁLEZ, 2018a.

dividiremos en dos modelos. Hemos denominado al primero modelo europeo, no porque sea exclusivamente europeo, sino porque es en el contexto de la Unión Europea donde ha alcanzado un protagonismo vigoroso. Este sería un modelo de transnacionalidad «leal», en el sentido de que aparece en el contexto de un deber de lealtad que se identifica con la idea de «comity» tanto en el ámbito administrativo como en el judicial (55). El mecanismo por antonomasia de este modelo es el reconocimiento mutuo. Por el contrario, el segundo modelo que examinaremos puede considerarse una transnacionalidad «hostil», en el sentido de no deseada, o no aceptada *a priori*, ni siquiera hipotéticamente, por parte del Estado de recepción de la eficacia de la norma extranjera (56). Esta misma situación, en teoría, es la que se presenta —en ausencia de un procedimiento de control— en la vertiente global del problema, que es *a priori* también hostil, y que debe ser reconducida al ámbito de la constitucionalidad.

El mecanismo más importante del modelo Europeo de transnacionalidad es seguramente el reconocimiento mutuo (57). Por reconocimiento mutuo se entiende en el contexto europeo, como es bien sabido, aquella técnica mediante la cual los bienes o servicios puestos en circulación legalmente en el mercado de un Estado miembro y tras pasar sus propios mecanismos de control de acceso, deben poder acceder también a los mercados de otros Estados miembros, con numerosos matices sobre los requisitos de acceso en los Estados de destino según los casos, aunque en ciertos supuestos han sido reducidos al mínimo, si no eliminados en los últimos años (58).

(55) La incidencia de la doctrina del «legal comity» ha sido examinada, tanto en el contexto europeo como en el global, y con especial atención a su vertiente judicial, por E. D'ALTERIO, 2011: 394 y también por la propia autora en E. D'ALTERIO, 2017: 303. En suma, se trata de la idea de que los Estados y sus órganos decisorios (administrativos o judiciales en la mayoría de los casos) se deben un respeto mutuo para no cuestionar con carácter general las decisiones de los demás. Sería, por tanto, el criterio opuesto al imperialismo jurídico-público o jurisdiccional (este sí, bien conocido en el derecho internacional privado y procesal, sobre todo en la vertiente de competencia jurisdiccional). Este principio, que en último término trae causa del respeto a la soberanía de terceros Estados en el derecho internacional, es el basamento genérico último de los mecanismos de la transnacionalidad «leal», por más que en contextos concretos estos mecanismos puedan encontrar fundamento en principios concretos (en el caso del derecho europeo, claramente, el principio de cooperación leal).

(56) Sin embargo, A.C. AMAN, 2017: 79, sostiene que no necesariamente derecho transnacional es el derecho público estatal eficaz extraterritorialmente, y derecho supranacional es aquel que existe al margen del principio de territorialidad —que es como nosotros entendemos esta distinción— y utiliza la idea de transnacionalidad como un término más bien genérico, aplicable a todo fenómeno de extraterritorialidad.

(57) Especialmente ejemplificativo como estudio reciente, véase J. AGUDO GONZÁLEZ, 2019: 181-310.

(58) Esta técnica tiene su origen en la empleada en el artículo 53 TFUE para el reconocimiento de títulos universitarios en toda la Unión, pero fue confirmada fuera de este contexto por la fundamental Sentencia 20 de febrero de 1979, Cassis de Dijon, C-120/78.

Ahora bien, el gran triunfo de la regla de reconocimiento mutuo llega con la Directiva de Servicios, conocida generalmente como Bolkestein por el nombre de su impulsor (59). Como es bien conocido, el borrador inicial de esta norma introducía un ejemplo extremo de transnacionalidad leal: no aplicaba la regla de reconocimiento mutuo, sino una aún más directa y no sometida a control por el Estado miembro de destino, la llamada regla de país de origen, según la cual cualquier bien, trabajador o servicio al que se ha permitido acceso al mercado de un Estado miembro puede automáticamente y sin ningún trámite operar libremente en todo el mercado interior. De esta forma, el mecanismo de funcionamiento de la regla de país de origen serviría, por ejemplo, para evitar la huida del mercado común de determinadas industrias hacia regiones con un nivel de protección y costes mucho más bajos, a base de consentir que éstas operen en Estados miembros que de hecho tienen costes y niveles de protección por debajo de la media de la Unión. El reconocimiento mutuo, regla ya probada y de gran éxito en el mercado interior, sí que permitiría la aplicación de controles administrativos en el Estado de destino, que pondrían límites a la eficacia implacable de la regla de país de origen. Ahora bien, se ha dicho insistentemente que en la Directiva de Servicios, el reconocimiento mutuo se regula de forma tan sumamente flexible que se acerca peligrosamente a la propia regla de país de origen (60). La idea que queremos transmitir, en todo caso, es que en un modelo como este, aunque el derecho aplicable es aún estatal —y por tanto subsumible bajo el principio de legalidad y el concepto de la potestad— se ha perdido la conexión directa entre potestad (o, incluso, potestad-función) y eficacia del acto reconocido. En otras palabras, en el espacio en el que el acto deberá tener eficacia, este no habrá sido adoptado como tal acto bajo una potestad legalmente vigente dentro del sistema jurídico, sino en virtud del reconocimiento (mutuo) del ejercicio de una potestad ajena que, a los efectos del derecho del Estado de recepción, teóricamente, no existe. Aquí no puede hablarse propiamente de que un Estado A ejercite una potestad legalmente atribuida a uno de sus órganos administrativos con efectos en un Estado B, porque tal ejercicio de la potestad no es meramente exorbitante, sino plenamente ajeno al poder que esta atribuye a la Administración en cuestión, porque el legislador no puede atribuir una potestad con efectos fuera de su territorio. Esto no es lo que sucede en el reconocimiento mutuo: este sólo significa que el Estado de recepción reconoce los efectos de la decisión adoptada por A, dentro de sus potestades legalmente atribuidas, pero eso no significa que la potestad de A haya sido atribuida en B —lo cual sencillamente no es

(59) Directiva 123/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

(60) Así por ejemplo en T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 2010: 221-263 y V. HATZOPOULOS, 2007.

posible—. De lo que puede hablarse en un plano extraterritorial, meramente, es de que un Estado A ejerce una función con efectos en el Estado B, donde esta función es calificada como jurídico-pública.

Esta eficacia transnacional de los actos administrativos que trae causa del propio principio de reconocimiento mutuo ha dado lugar al surgimiento de un nuevo concepto, el acto administrativo transnacional (61). Este nuevo concepto es a su vez fuente de problemas de tutela, pues el recurrente de un determinado acto reconocido jurídicamente en el Estado de destino no sabrá si acudir a la justicia administrativa de este último Estado o del Estado de origen, sin tener en cuenta que ambas podrían ser competentes para enjuiciar el acto en diferentes aspectos (62). En este sentido, se ha argumentado que existe una amplia gama de situaciones en las que al menos dos administraciones, la de origen y la de destino —pero pueden ser más: por ejemplo, la propia administración europea— pueden potencialmente participar en la adopción del acto, en distintos grados, desde la operatividad automática del reconocimiento mutuo —y por ende la nula participación del Estado de destino— hasta la intervención de este para controlar la aplicación del acto en su territorio (63). De forma crucial, un modelo estatal, fundado exclusivamente en la potestad legalmente atribuida, no aporta instrumentos para la coordinación entre procedimientos nacionales, lo cual desemboca necesariamente en la temida aplicación divergente del derecho europeo por diferentes Estados miembros (64). La potestad, además, tiene un potente vínculo con la territorialidad, cuya importancia viene reduciéndose en las últimas décadas en la configuración del administrativo y público en general (65), y que es sencillamente inaplicable a determinados ámbitos regulatorios contemporáneos que apenas tienen contacto físico con el territorio, como algunas vertientes del derecho de las telecomunicaciones e internet (66).

(61) Véase R. BOCANEGRA SIERRA y J. GARCÍA LUENGO, 2008: 12: «como ocurre con el propio Ordenamiento europeo, la eficacia de los actos administrativos, actos de los poderes públicos, tradicionalmente limitada al ámbito territorial propio de la competencia del órgano que lo dicta, ha pasado a poder extenderse, sin necesidad de un reconocimiento expreso en cada caso, a otros Ordenamientos jurídicos diferentes de aquél en el que se origina, y en los que el despliegue de su eficacia puede llegar, en último término, a producir exactamente los mismos efectos que se predicán de los actos administrativos de producción nacional, incluida, por supuesto, la obligación de obediencia y la activación de los correspondientes medios de ejecución forzosa».

(62) En este sentido BOCANEGRA y GARCÍA LUENGO, 2008: 23.

(63) Véase L. DE LUCIA, 2012: 33: «there is an inverse relationship between the scope of the inter-administrative tie and the protection of the interests of the host country».

(64) En este sentido A.S. GERONTAS, 2013: 438.

(65) Véase J. AGUDO GONZÁLEZ, 2018b: 187.

(66) H.C.H. HOFMANN, 2013: 427.

Todo lo anterior nos confirma lo que sospechábamos desde el comienzo de nuestro análisis: en el ejercicio de poder público en el contexto del derecho europeo, aunque se articule a través de potestades legalmente reconocidas a nivel nacional, realmente nos encontramos ante el ejercicio de funciones administrativas, de tal forma que el aspecto relevante ad intra de, por ejemplo, la concesión de una autorización que va a tener efectos transnacionales, puede ser la correcta atribución de su potestad al órgano que dicta el acto, pero ad extra es claro que esta atribución de potestad no es relevante, porque tal decisión se imputa al Estado jurificado como participante en el sistema europeo de reconocimiento mutuo. Se trata, de nuevo, de un supuesto en el que el funcionalismo es necesario para explicar la eficacia de un ejercicio de poder público ajeno al Estado de destino.

2. El modelo norteamericano: el *Sarbanes-Oxley Act*

Hasta aquí, sin embargo, nos hemos mantenido aún en el plano que hemos denominado de transnacionalidad «leal» o «amiga», porque se fundamenta en un principio de cooperación preexistente (el «principio de cooperación leal») y en definitiva porque existe toda una estructura normativa (y política) que justifica dicha cooperación. Pero también existen modelos de transnacionalidad «hostil», aún más complejos de gestionar, y que suponen un reto igual o mayor para el juego de las potestades administrativas.

Lo que llamamos «derecho administrativo transnacional hostil» se ha convertido en una constante debido a la regulación nacional de amplio espectro con el que algunos Estados abordan las actividades de operadores que, aunque puedan tener alguna forma de conexión con su propio territorio, en la práctica tienen una proyección internacional. Singular a este respecto ha sido el caso de Estados Unidos. En su legislación ya es habitual el fenómeno de la eficacia extraterritorial de sus propias normas jurídico-públicas, en virtud de criterios de conexión que a menudo son decididamente exigüos. El ejemplo sustantivo por antonomasia es la regulación norteamericana en materia financiera, donde ha promulgado normas administrativas que aspiran a tener una eficacia amplia fuera de sus fronteras, o en las que el criterio de conexión con Estados Unidos que requieren para ser aplicables es verdaderamente tan amplio que acaban por ser aplicables en un número muy alto de situaciones. Y de nuevo, dentro de este ámbito, encontramos un ejemplo paradigmático: el *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, consecuencia a su vez del escándalo contable del caso *Enron* (67).

(67) Para conocer en profundidad esta regulación y su indisoluble conexión con el citado escándalo, véase L.E. RIBSTEIN, 2003, J. SHIRLEY, 2004 y P. LANOIS, 2007.

Obviamente, no es este el lugar para recordar el escándalo, de proporciones globales en un sentido económico del término, y por tanto también un hito en la formación del derecho público global. Sí que merece la pena examinar algunos extremos de esta regulación, y de dónde procede su carácter problemático (68). En gran medida, el problema trae causa de un cambio de actitud del regulador norteamericano: mientras que tradicionalmente se había centrado en exigir obligaciones de información, esta norma consolida una pauta de introducción de una regulación sustantiva del funcionamiento de las compañías. Para aquellas sociedades no norteamericanas que, sin embargo, son sujetos pasivos de la aplicación de estas normas por criterios de conexión determinados, resulta muy complejo someterse a estas regulaciones sustantivas, entre otras cosas porque su estructura interna no está preparada *a priori* para la legislación norteamericana, y puede ser muy distinta de la que exige esta (69). En determinados ordenamientos concretos se han identificado una serie de dificultades que se derivan de la propia aplicación particular de la norma norteamericana: por ejemplo, el menor desarrollo de los deberes de los administradores en favor de mecanismos administrativos de policía, las diferentes responsabilidades de los miembros de los consejos de administración, o incluso sencillamente la falta de profesionales de auditoría de cuentas (que la legislación norteamericana exige rotar al menos cada cinco años) en muchos países en desarrollo (70).

En definitiva, no se trata aquí de examinar concienzudamente esta legislación, sino de explicar cómo su vigencia y su eficacia transnacional ponen en cuestión el tradicional concepto de potestad. Esta legislación es indudablemente el producto de una potestad-función legalmente atribuida en Estados Unidos. Sin embargo, fuera de allí, difícilmente puede afirmarse lo mismo. Y sin embargo, los efectos existen, incluso en ausencia de mecanismos concretos de reconocimiento mutuo. Esta ultraactividad territorial de la legislación norteamericana

(68) LANOIS, 2007: 15-16 nos ofrece un ejemplo claro: «Sarbanes-Oxley's corporate governance model conflicts with other nations' governance structure and cultural values. A striking example of the major distinctions in corporate governance standards between foreign countries and those in the U.S. is demonstrated by the difficulties encountered by multinational groups when attempting to comply with Section 404 of Sarbanes-Oxley, which provides that publicly traded companies must have internal policies and controls in place to «protect, document and process information for financial reporting». Unfortunately, this section applies to both domestic and foreign private issuers. Many foreign corporations are thus faced with a dilemma regarding how to effectively maintain a global compliance program: on the one hand, U.S. law obliges them to implement procedures enabling employees to report misconduct; on the other hand, European law (in particular, E.U. privacy and data protection laws) imposes mandatory restrictions on whistleblowing».

(69) En este sentido, RIBSTEIN, 2003: 8.

(70) SHIRLEY, 2004: 511-515.

sólo se puede justificar de una forma, como ejercicio de una función que, en Estados Unidos y en muchos Estados de recepción de la aplicación de sus normas, es jurídico-pública. De nuevo, tenemos el mismo problema que ya teníamos en el contexto del derecho europeo, pero en este caso, en términos de «hostilidad», es decir, en ausencia de una obligación específica de *comity* o de cualquier garantía de reciprocidad por parte de los Estados receptores. De nuevo, no puede decirse que la eficacia de una norma o un acto administrativo norteamericano derivado de ella, dictado, vigente y eficaz allí bajo el amparo de una potestad, esté amparado por la misma potestad en un Estado B, donde tal potestad sencillamente no existe. Aquí sólo puede hablarse del ejercicio fáctico de una función.

IV. UNA PROPUESTA PARA UN DERECHO PÚBLICO EN TRANSFORMACIÓN: LA FUNCIÓN DE RELEVANCIA JURÍDICO-PÚBLICA

El concepto que nosotros proponemos para superar la dicotomía potestad-función, que entendemos insuficiente para explicar el derecho administrativo contemporáneo, es en realidad una revisión de la función, que ya no estaría estrictamente asociada a la actividad categorizada como jurídico-pública, sino que sería de mera *relevancia* jurídico-pública, en un sentido descriptivo. Dicho de otro modo, la función de relevancia jurídico-pública no vendría caracterizada exactamente por lo que en *el contexto de la legalidad interna* del Estado se calificaría como jurídico-público (que es lo que, en principio, significa función jurídico-pública) sino por lo que dogmáticamente se consideraría relevante a nivel jurídico-público por parte de una doctrina que, en el nivel trasnacional y global, es necesariamente comparada.

Para entender esto adecuadamente, es necesario tener en cuenta que, en estos niveles, trasnacional y global, la dogmática no se encuentra con conceptos tan potencialmente cerrados como en el tradicional derecho público estatal; incluso en este, es más que conveniente la evolución hacia un sistema de conceptos funcionales (71). En el nivel supranacional los instrumentos conceptuales son de origen comparado, y se universalizan por dos vías: su aplicación jurisprudencial (bien mediante el diálogo entre tribunales nacionales, bien mediante su recepción y formación conceptual autónoma en la jurisprudencia de Tribunales internacionales) y su homogeneización dogmática, producto habitualmente de la recepción y análisis académico de esa misma jurisprudencia internacional. Así, por ejemplo, se ha celebrado la universaliza-

(71) En este sentido véase S. DÍEZ SASTRE, 2018: 200: «la función se considera el elemento determinante en la identificación de los conceptos jurídicos relevantes en un plano metodológico y el aspecto que debe guiar el proceso de formación conceptual».

ción conceptual, primero a nivel jurisprudencial internacional y luego, a través de este, dogmático, de la proporcionalidad como medio para la ponderación de valores jurídicos (72).

Por tanto, resulta necesario que el concepto de función que manejemos se desvincule del todo no ya de la legalidad, sino del poder estatal. Se ha teorizado recientemente que la expresión *jurídico-público* o, genéricamente, derecho público, hace referencia a una determinada organización de cumplimiento dentro del Estado para la aplicación de las normas jurídicas, que en el derecho privado sería el Poder Judicial, y en el derecho público sería la Administración (73). Independientemente de que se admita o no este modelo, para los efectos de nuestra exposición es especialmente ilustrativo en el sentido de que identifica la distinción público-privado hasta tal punto con el derecho estatal que aquella no puede separarse de las organizaciones de cumplimiento instituidas por el segundo. Función jurídico-pública, por tanto, significa función estatal. Sólo en el derecho del Estado cabe hablar de la vigencia de una distinción entre derecho público y derecho privado, porque sólo en él se dan las condiciones para que esta distinción se verifique. En el nivel supranacional, sin embargo, esto no sucede del mismo modo, y la distinción derecho público-derecho privado es meramente un reflejo dogmático de los conceptos que rigen en el ordenamiento de origen, el estatal. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico de destino, el supranacional, el carácter jurídico-público o privado no se verifica estrictamente, sino como un reflejo o *relevancia* que es producto de la tradición dogmática del concepto.

Por supuesto, estas tradiciones ni son unívocas ni su universalización es perfecta. Así, por ejemplo, la *patria potestas* puede ser en ciertas tradiciones jurídico-privada (como es el caso de la española) y en otras jurídico-pública. Se ha intentado delimitar el ámbito de las funciones jurídico-públicas argumentando que serían tales aquellas vinculadas inmediatamente a la satisfacción del interés general mediante el cumplimiento de necesidades colectivas, pero se admite igualmente que ni esta definición, ni sus sucesivas divisiones (funciones

(72) Véase A. PETERS, 2017: 257.

(73) Esta tesis es la propuesta de F. VELASCO CABALLERO, 2014: 118: «De ahí que en cada sector normativo, y en función del interés general que esté presente, se podrán dar diferentes combinaciones o grados de iuspublicidad y iusprivacidad, esto es, de garantía del cumplimiento de los objetivos o fines normativos mediante la tutela judicial o mediante la intervención administrativa». Por poner un ejemplo del propio autor, en el caso de las inspecciones y certificaciones técnicas de vehículos a motor, las conocidas como ITV, cuando están al cargo de entidades colaboradoras privadas, éstas se erigen en organizaciones de cumplimiento jurídico-público, «precisamente porque, aún siendo particulares (empresas, instaladores), los destinatarios de los deberes de conducta, la garantía de su cumplimiento está primariamente encargada a unas entidades colaboradoras que, a estos efectos, son consideradas por las leyes (o por la jurisprudencia) como Administración pública» (2014: 142).

del Estado, funciones administrativas) constituyen cada una un ámbito cerrado, sino zonas que se solapan entre sí y de fronteras a veces indefinidas (74). Esta indefinición se traduce en variedad, y esta a su vez sólo revierte, en realidad, en la mayor flexibilidad del desarrollo de las funciones en particular, lo cual no es necesariamente un obstáculo para el desarrollo de una teoría supranacional de la función, sino al contrario, un aspecto favorable. De la misma forma, las distinciones dogmáticas entre diferentes funciones administrativas que existen en el derecho estatal, resultan de enorme utilidad para ese acervo supranacional (75).

En estos casos, no podemos hablar estrictamente de una *potestad impropia*; ni siquiera, en los supuestos de transnacionalidad, de una potestad propia impropriamente ejercida, porque falta el elemento de atribución legal. Y aún a pesar de esta carencia, cualquiera de los poderes supranacionales, desde la eficacia extraterritorial del poder estatal hasta las normas de las organizaciones internacionales y aún de los propios sujetos privados (los que nosotros denominamos «ciudadanos corporativos») sigue siendo un poder jurídico y no una mera facultad o un mero hecho social extrajurídico. Tampoco podría hablarse, por supuesto, de derechos subjetivos (76) de estas entidades supranacionales, pues estos poderes de relevancia jurídico-pública ajenos al Estado están sin embargo marcados por las mismas diferencias respecto del derecho subjetivo que, según mencionamos al inicio del presente trabajo, encontró Romano. El poder supranacional se ejerce como una mera función *de facto*, y por lo tanto la denominación más descriptiva será la de *función con relevancia jurídico-pública*.

Este concepto amplio de función, que alcanza una dimensión supranacional, se abstrae del sometimiento al principio de legalidad *a priori* y se desliga de las potestades en particular e incluso de la distinción público-privado tal y como se entiende en el derecho interno, ha sido ya bosquejado, y empleado en construcciones dogmáticas de funciones determinadas. El ejemplo

(74) Véase E. SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 154.

(75) Por ejemplo, la distinción entre Administración ejecutiva y Administración conformadora que se ha desarrollado en el contexto de la teoría de la Administración del Estado social es un ejemplo claro de cómo funciones que, si bien tienen su contexto pleno en la Administración del Estado, no puede descartarse que tengan también una proyección supranacional, aunque es evidente que no es posible una extrapolación perfecta. Por ejemplo, la Administración ejecutiva parece que tiene difícil encaje más allá del principio de legalidad; y sin embargo, puede aparecer en forma de eficacia transnacional del acto administrativo. En general, sobre esta distinción véase J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 106.

(76) El derecho subjetivo como categoría en el derecho público parece estar recuperando fuerza en los últimos años. A estos efectos, véase L. MEDINA ALCOZ, 2016. Este no es, sin embargo y a nuestro modo de ver, el modelo adecuado para explicar las relaciones jurídicas transnacionales y globales.

más importante, que ya hemos mencionado, es seguramente el de la función de control (77). Esta función administrativa sólo ha podido ser construida convincentemente cuando ha superado el estadio de la sumisión al concepto de potestad (y por lo tanto, a la legalidad estatal) y ha reconocido como control diversas actividades, no sólo de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también de algunos órganos administrativos (con protagonismo, sin duda alguna, del creciente sistema de tribunales administrativos) e incluso, potencialmente, algunas actividades procedentes del exterior del propio Estado, donde destaca el caso singular del arbitraje internacional.

Además, hay un último punto que no puede dejar de subrayarse, y es el protagonismo del procedimiento en el futuro —en realidad, ya presente— derecho administrativo, no en el sentido de que el procedimiento sea importante en la adopción de decisiones por parte de la Administración —obviamente, esto ha sido así desde los comienzos de la disciplina— sino en su aspecto supranacional. El procedimiento administrativo encarece su importancia en la actualidad incluso respecto de la legalidad, porque es precisamente lo único que pueden tener en común una diversidad de Estados constitucionales de Derecho, entre los que surge una obligación internacional de cooperar en la universalización de sus principios constitucionales (78). Lo que es más, es precisamente el procedimiento lo que podría llegar a aportar ciertas garantías de *legitimación* democrática de las decisiones de las entidades no estatales o privadas a nivel supranacional, pero nunca de *legitimidad*, pues esta sólo puede ser la democrática, y sólo aparece residenciada en el Estado de Derecho, a través de la Constitución (79). Es decir, que las decisiones y «*normas*» emanadas de estas entidades supranacionales podrían revestirse de una cierta legitimidad mediante un procedimiento interno que replique —al menos en cierta medida— las garantías que ya existen en el procedimiento administrativo esta-

(77) Así queda establecido, como principio metodológico, en AGUDO, 2018: 79 donde se explica este concepto amplio de la función en los siguientes términos: «Las funciones jurídicas no presumen necesariamente el ejercicio de poder público como dato definitorio, aunque esto sea algo habitual. Esto nos permite alcanzar dos conclusiones: i) Que un mismo fin puede ser alcanzado por los poderes públicos mediante formas de actuación y de organización que no se someten necesariamente al Derecho Público; y ii) Que ese mismo fin puede ser alcanzado por sujetos privados, los cuales pueden dirigir su actividad para satisfacer fines similares a los que pueden ser perseguidos en el ejercicio de potestades públicas. Esta aclaración permite entender que aquí no se hable específicamente de funciones jurídico-públicas, sino de funciones jurídicas que pueden ser públicas, pero que también pueden ser privadas, aún estando orientadas a satisfacer fines de relevancia pública». Pues bien, esta afirmación del autor que vale para su construcción del concepto de función de control, la hacemos ahora nuestra para la construcción de un concepto de función en general.

(78) En este sentido, véase P. HÄBERLE, 2013: 258 y ss.

(79) D. GRIMM, 2006: 72.

tal (80). Esto supondría el natural reconocimiento del ejercicio de una función de relevancia jurídico-pública por parte de estas organizaciones internacionales o entidades privadas, que a su vez estaría sometido, en último término, a un procedimiento de legitimación, o lo que es lo mismo, a un control constitucional que quedaría en manos del Juez nacional. Expresado con sencillez, podemos sintetizar lo anterior en la idea de que, en el futuro, y aún ya en el presente, el procedimiento y sus garantías será el gran rasgo común y universalizado que pueda encontrarse en diferentes sistemas de administración comparados, no sólo estatales (81). No ocupará tal papel nada más, ni una suerte de legalidad supranacional —poco realista políticamente— ni tampoco el contenido normativo de fondo, si bien también en esto muchos sectores especiales tienen a converger (82). En este contexto, el binomio potestad-función se contrapone a otra pareja, ley-procedimiento, de manera que el protagonismo que tenía la ley como fuente única de la potestad, le corresponde ahora al procedimiento como expresión universal de la función de relevancia jurídico-pública.

Este es el motivo por el que hablamos, en sentido estricto, de función de *relevancia* jurídico-pública, pues —como ya hemos visto más arriba— lo jurídico-público tampoco puede afirmarse como tal en todos los niveles que nuestro concepto aspira a captar que, recordemos, son tanto el supranacional

(80) La referencia, en este aspecto, es G. DELLA CANANEA, 2016: 178, quien ha llegado a afirmar que tanto los tribunales internacionales (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.) pero también los órganos arbitrales internacionales, «have also developed a host of general principles that apply to the governmental organs whose measures are under their review»: lo cual obviamente es ir bastante más lejos que establecer reglas de procedimiento aplicables a sí mismos —y que por otra parte el autor estudia a lo largo de el mencionado trabajo—.

(81) Para una exégesis metodológica de la evolución del derecho administrativo desde un ordenamiento de contenido hacia un ordenamiento predominantemente de organización y procedimiento (la «desmaterialización») véase J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 27-28. Aquí se advierte ya no sólo la «desmaterialización» del derecho administrativo estatal, sino la intervención de elementos externos a este ámbito, y situados en un ámbito supranacional, por ejemplo, los criterios científicos que se introducen en la decisión administrativa a través del procedimiento, procedentes de normas supranacionales de soft law. Así, es evidente que estas «reglas de la ciencia», precisamente por su fundamento en verdades que se presumen universales, no son normas estatales, aunque puedan incluirse en éstas, sino criterios que existen al margen y más allá del producto histórico-jurídico estatal y que deben ser reconocidos como tales en las únicas normas que, actualmente, pueden recogerlos con eficacia supraestatal, las normas supranacionales privadas, de soft law supranacional (no administrativo, que sería aquel derecho blando emanado de Administraciones estatales), etc. Sobre este aspecto complejo de las normas de la ciencia y la técnica véase in extenso J. ESTEVE PARDO, 2015.

(82) Como ejemplo, véase de nuevo ESTEVE PARDO, 2015: 42: que recuerda como «el sector de la técnica y otros muchos sectores han experimentado en las dos últimas décadas rigurosos procesos de autorregulación que han conducido, a su vez, a un proceso de centralización y unificación de sus referencias».

—transnacional y global— como el estatal, aunque en este después la función relevante se especifique, en el contexto de su propia legalidad, en una potestad-función jurídico-pública en sentido estricto del derecho administrativo clásico. Así, resulta que la potestad-función jurídico-pública estatal sometida al principio de legalidad sigue plenamente vigente *ad intra*, pero no es ajena o independiente de nuestro concepto, sino que constituiría un tipo de función de relevancia jurídico-pública.

Para justificar jurídicamente el modelo que acabamos de exponer, es necesario partir de tres presupuestos que definen la teoría del derecho administrativo contemporánea, que afirmamos cumulativamente. En primer lugar, en buena teoría del procedimiento administrativo, no creemos que pueda decirse que el procedimiento constituya meramente una decisión estructurada organizadamente, de manera que se fundamente estrictamente en el ejercicio de una potestad, y su conclusión en el acto administrativo constituiría la concretización reglada de dicha potestad, casi como si fuera la consecuencia de la aplicación de una función matemática. Como se ha dicho recientemente, el procedimiento administrativo no es un rito (social o jurídico), el procedimiento se desarrolla en una serie de pasos ordenados, pero no es la consecuencia específica de determinados hechos, como sí sería un ritual (83). Parece más razonable afirmar que el procedimiento administrativo es un elemento clave en la toma de decisiones en el Estado democrático de Derecho, que —como regla general— tendrá como características la publicidad y una estructura mínima, y cuyo resultado exige la *racionalidad* de sus decisiones —pero no la aplicación subsuntiva, o incluso «matemática» de las reglas de procedimiento o aplicables al fondo del asunto— (84). En segundo lugar, en el procedimiento intervienen actores muy diversos —como diversos son su objeto y operaciones— y entre estos actores pueden contarse todo tipo de sujetos, algunos sólo identificables en el contemporáneo derecho global, como organizaciones internacionales o incluso entidades privadas (85). Por tanto, queda descartada la vinculación directa entre potestad y procedimiento, pues este último aparece en contextos incluso supranacionales y siempre vinculado al ejercicio de una función, que se expresa con cierto grado de flexibilidad, sin que por ello deje de respetar determinadas garantías (86). En tercer lugar, no hay actualmente certeza alguna de que el trinomio potestad-vinculación positiva a la ley-procedimiento incre-

(83) La idea del procedimiento como ritual procede de N. LUHMANN, 1983: 38; el contraargumento —citando al anterior— lo ha ofrecido F. NULLMEIER, 2018: 286, aunque el conjunto del estudio resulta igualmente valioso.

(84) En este sentido, véase SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 179 in principio.

(85) De nuevo, véase NULLMEIER, 2018: 286-7.

(86) Esto es, la denominada «gradual erosion of national procedural exclusivity», como afirma DELLA CANANEA, 2016: 4.

mente por sí solo las garantías del ciudadano frente a, no una administración, sino una constelación de poderes que ejercen funciones administrativas. Por ejemplo, es bien conocido que la Administración cuya evolución supone actualmente un mayor reto, la Europea, ha desarrollado mecanismos de protección frente a actos internacionales, procedentes de organizaciones internacionales, e incluso que existen sistemas de garantía en el propio Derecho Internacional Público (caso obvio, la Convención de Roma de 1950) (87). En tercer lugar, hay problemas que sencillamente no pueden abordarse si no es desde el nivel supranacional, como el problema del medio ambiente (88). Aquí el ejemplo seguramente más conocido sea la Convención de Aarhus.

Estas tres aseveraciones deberían resultar suficientes para justificar la conveniencia del concepto de función de relevancia jurídico-pública que hemos tratado de formar. No es posible someter todos estos poderes extraterritoriales al modelo de la potestad-función: requieren una construcción teórica más amplia, que incluya a aquélla, pero que ampare también otros fenómenos de ejercicio del poder ajenos a la legalidad. A tal fin nosotros proponemos la función de relevancia jurídico-pública, definida como aquella función cuyo ejercicio puede ser asumido por sujetos no estatales y no jurídico-públicos en el sentido interno del término, pero que sin embargo sí que tiene una relevancia estrictamente jurídico-pública desde el punto de vista dogmático.

V. CONCLUSIONES

En definitiva, el modelo de la función de relevancia jurídico pública es, en nuestra opinión, el que capta más eficazmente el amplio espectro del ejercicio de poder «público», en el sentido interno del término: es decir, el ejercicio de determinadas funciones tradicionalmente atribuidas al poder público (normativa, de control, ciertos aspectos de policía o fomento, etc.) que en la práctica pueden ser ejercidas por sujetos de naturaleza muy diversa. Parece claro que la publicación de estos poderes no es ni un proceso natural ni una realidad esencial o inmanente (estos poderes no son «esencialmente» públicos o estatales) sino un proceso histórico de monopolización del poder por parte del Estado. Este proceso histórico se desarrolla dentro de un contexto mayor, el de una tradición jurídica europea que ha conocido el ejercicio de

(87) Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, 2013: 104-6. Sobre el control de la UE frente a actos internacionales, menciona el autor los asuntos Kadi, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2008, C-402/05, 415/05, en materia de terrorismo, en los que —como es bien sabido—, el Tribunal de Justicia puso en cuestión determinadas resoluciones europeas que aplicaban a su vez resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (con lo cual, indirectamente, eran controladas las resoluciones de este).

(88) K. KÖNIG 2008: 779.

estas funciones por parte de sujetos de muy diversa naturaleza. La función de relevancia jurídico-pública aspira a erigirse en instrumento mediante el cual pueda categorizarse estos poderes —en el contexto histórico actual, de nuevo, plurales, como lo eran ya antes de la consolidación del Estado-Nación— y finalmente ser sometidos a control.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2018a): *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Pamplona: Civitas.
- (2018b): «La superación del paradigma territorial y sus efectos en el Derecho Administrativo. Bases normativas del Derecho Administrativo transnacional», *Revista de Derecho Político*, 103, pp. 155-190
- (2019): «La articulación de las relaciones jurídicas transnacionales mediante variantes del reconocimiento mutuo», en J. AGUDO GONZÁLEZ (dir.): *Relaciones Jurídicas Transnacionales y Reconocimiento Mutuo*, Pamplona: Civitas, pp. 181-310.
- ÁLVAREZ DE MORALES CHECA, A. (2002): *Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*, Granada: Comares.
- AMAN, A.C. (2017): «Globalización, Derecho transnacional y desnacionalización», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, vol. 1, tomo 1, pp. 79-94.
- BERGER, A. (2016): *Die Ordnung der Aufgaben im Staat*, Tübingen: Mohr Siebeck, 370 pp.
- BOCANEGRA SIERRA, R. y GARCÍA LUENGO, J. (2008): «Los actos administrativos transnacionales», *Revista de Administración Pública*, 177, pp. 9-29.
- BÖCKENFÖRDE, E.W. (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (trad. Rafael de Agapito): Madrid: Trotta.
- CASSESE, S. (2009): *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino.
- CASSESE, S. et al. (2015): *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè.
- COLMEIRO, M. (1858): *Derecho administrativo español*, 2ª ed., Madrid: Ángel Calleja.
- D'ALTERIO, E. (2011): «From judicial comity to legal comity: a judicial solution for the global disorder?», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, núm. 2, pp. 394-424.

- (2017): «Judicial Regulation in the Global Space», en S. CASSESE. (ed.) *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 303-324.
- DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2016): «El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?», *Revista de Administración Pública*, n. 199, pp. 11-49.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2010): «Libertad de establecimiento y de servicios, ¿reconocimiento mutuo o país de origen?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 146, pp. 221-263.
- DELLA CANANEA, G. (2016): *Due Process Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford: OUP.
- DE LAUBADÈRE, A. (1957): *Manuel de Droit Administratif*, Paris: Pichon et Durand-Auzias.
- DE LUCIA, L. (2012): «Administrative Pluralism, Horizontal Cooperation and Transnational Administrative Acts», *Review of European Administrative Law*, 5, 2, pp. 17-45.
- DÍEZ SASTRE, S. (2018): *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid: Marcial Pons.
- DOMINGO OSLÉ, R. (2008): *¿Qué es el Derecho global?*, Madrid: CGPJ, 261 pp.
- DUGUIT, L. (1913): *Les transformations du droit public*, Paris: Armand Colin.
- ESTEVE PARDO, J. (2015): «Decidir y Regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho Público», en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER, I. gen. DÖHMANN (eds.): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons, pp. 33-46.
- GALLEGU ANABITARTE, A. (1971): *Derecho General de Organización*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- (1992): *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2011), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 15ª ed., Pamplona: Civitas.
- GARCÍA-TREVUJANO FOS, J.A. (1974): *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 3ª ed., Madrid: Revista de Derecho Privado.
- GARRIDO FALLA, F. (1989): *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*, vol. I, 11ª ed., Madrid: Tecnos.
- GASCÓN Y MARÍN, M. (1935): *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y Legislación española*, Madrid: C. Bermejo.
- GERONTAS, A.S. (2013): «Deterritorialization in Administrative Law: Exploring Transnational Administrative Decisions», *Columbia Journal of European Law*, pp. 423-467.

- GRIMM, D. (2006): *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- GROSSI, P. (1996): *El orden jurídico medieval*, Madrid: Marcial Pons.
- HÄBERLE, P. (2013): *Pluralismo y Constitución*, 2ª ed., Madrid: Tecnos.
- HATZOPOULOS, V. (2007): «Que reste-t-il de la directive sur les services?», *Cahiers de Droit Européen*, 43 (3-4).
- HAURIOU, M. (1914): *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8ª ed., Paris: Recueil Sirey.
- HINOJOSA Y NAVEROS, E. (1993): *El elemento germánico en el Derecho español* (reproducción del original de 1915): Madrid: Marcial Pons.
- HOFMANN, H.C.H. (2013): «Transnational and Trans-Territorial Rule-Making: A Basic Framework», *Missouri Law Review*, 78, pp. 423-442.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, B. (2007): «The Emergence of Global Administrative Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, pp. 15-61.
- KÖNIG, K. (2008): *Moderne öffentliche Verwaltung. Studium der Verwaltungswissenschaft*, Berlin: Mohr Siebeck.
- LANOIS, P. (2007): «Between a Rock and a Hard Place. The Sarbanes-Oxley Act and its global impact», *Journal of International Law & Policy*, 5, 4, pp. 1-19.
- LUHMANN, N. (1983): *Legitimation durch Verfahren*, 3ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- MAYER, O. (1895): *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Leipzig: Duncker & Humboldt.
- MATTARELLA, B.G. (2015): «VII. Il Procedimento», en S. CASSESE *et al.*, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, pp. 283-351.
- (2018): «Capitolo IV. Le Funzioni», en M.P. CHITI (ed.): *Diritto amministrativo europeo*, Milano: Giuffrè.
- MAURER, H. (2011): *Derecho Administrativo. Parte General*, de la 17ª ed. alemana, Madrid: Marcial Pons.
- MEDINA ALCOZ, L. (2016): *Libertad y autoridad en el Derecho Administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2010): «El Derecho Administrativo Global: un derecho principal», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 76, pp. 15-68.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1978): *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Tesis doctoral (posteriormente publicada en MENÉNDEZ REXACH, A. (1979): *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Madrid: INAP).

- MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Público General. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, t. III, Madrid: BOE.
- NAPOLITANO, G. (2015): «Il. Le Funzioni», en S. CASSESE et al., *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, pp. 29-81
- NULLMEIER, F. (2018): «Verfahren und Mechanismen. Theoriebildung und Kausalitätsverständnis in der politikwissenschaftlichen Verwaltungsforschung», en M.W. BAUER y E. GRANDE (eds.), *Perspektiven der Verwaltungswissenschaft*, Baden-Baden: Nomos, pp. 279-302.
- PAREJO ALFONSO, L. (2013): *Lecciones de Derecho Administrativo*, 6ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M. (1996): *Interpretación Histórica del Derecho*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.
- PETERS, A. (2017): «Proportionality as a global constitutional principle», en A.F. LANG, y A. WIENER, *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham: Elgar, pp. 248-264.
- RIBSTEIN, L.E. (2003): «International Implications of Sarbanes-Oxley: Raising the Rent on US Law», *Journal of Corporate Law Studies*, 3, 2, pp. 299-327.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2007): *La Administración del Estado Social*, Madrid: Marcial Pons.
- (2016): *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons.
- ROMANO, S. (1947): *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano: Giuffrè.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1911): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Imprenta Española.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2006): *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee. Grundlagen und Aufgaben der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª ed, Berlin-Heidelberg: Springer.
- (2013): *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- SCHMITT, C. (2001): *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala): Madrid: Alianza.
- SHAPIRO, M. (1993): «The Globalization of Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1, pp. 37-64.
- SHIRLEY, J. (2004): «International Law and the Ramifications of the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *Boston College. International and Comparative Law Review*, n. 27, pp. 501-528.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014): *Derecho público más Derecho privado*, Madrid: Marcial Pons.

- VILLAR PALASÍ, J.L. (1977): *Apuntes de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Editorial Complutense.
- WADE, H.W.R. y FORSYTH, C.R. (2011): *Administrative Law*, 10ª ed., Oxford: OUP.
- ZANOBINI, G. (1958): *Corso di Diritto Amministrativo. Volume Primo. Principi Generali*, 8ª ed., Milano: Giuffrè.