

ÍNDICE

I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN TRANSFORMACIÓN	15
1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, COLUMNA VERTEBRAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	15
2. LOS DÉFICITS DE LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	19
3. LAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA INADAPTACIÓN (TEÓRICA Y LEGISLATIVA) DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	21
4. ALCANCE Y EXTENSIÓN DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	23
II. OBJETO DEL LIBRO	27
III. LA PERSPECTIVA DE LOS MODELOS Y DE LAS ESTRATEGIAS REGULATORIAS COMO CRITERIO DE ANÁLISIS, SISTEMATIZACIÓN Y DISEÑO LEGAL DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	31
1. INTRODUCCIÓN	31
2. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL MODELO TRADICIONAL SOBRE EL QUE SE HA CONSTRUIDO EL DERECHO ADMINISTRATIVO CLÁSICO	35
3. LAS INSUFICIENCIAS Y DÉFICITS DEL MÉTODO TRADICIONAL DE GOBIERNO. DEL MONOPOLIO DEL MÉTODO TRADICIONAL A LA PLURALIDAD Y A LA COMBINACIÓN DE SISTEMAS	39
4. LA MODULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL CONTEXTO DE LOS MODELOS Y ESTRATEGIAS REGULATORIAS. ALGUNOS EJEMPLOS	41
a) La estrategia regulatoria consistente en la transferencia al sujeto privado de los costes de transacción con el objetivo de dirigir el sector sobre la base de la cooperación público-privado: el ejemplo de la privatización del procedimiento	42
b) La incorporación del modelo científico en los procedimientos de elaboración de reglamentos ante situaciones de riesgo e incertidumbre científica y tecnológica	44

c) Las estrategias regulatorias de las leyes administrativas tradicionales (programación condicional) y de otras leyes administrativas contemporáneas (programación finalista)	46
d) El ejemplo de la gobernanza administrativa en la Unión Europea	48
e) Otros supuestos	51
5. RECAPITULACIÓN. EL EJEMPLO DE LA PARTICIPACIÓN	53
6. EL MÉTODO DE REGULACIÓN Y GOBERNANZA COMO MARCO CONCEPTUAL PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO. FUNCIÓN DESCRIPTIVA Y PRESCRIPTIVA DE LAS ESTRATEGIAS Y MÉTODOS DE REGULACIÓN, DIRECCIÓN Y GOBIERNO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	56
a) Procedimiento como control de la discrecionalidad (vertiente negativa o defensiva) y procedimiento como dirección de la discrecionalidad (dimensión positiva)	56
b) La naturaleza administrativa del procedimiento	57
c) La sistematización del Derecho Administrativo en torno a los modelos y métodos de dirección, gobernanza y regulación. Los modelos de regulación como puente entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Administrativo	58
CUADROS	63

I

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN TRANSFORMACIÓN

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, COLUMNA VERTEBRAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

LA institución del procedimiento sintetiza en cada tiempo y lugar los rasgos más sobresalientes del Derecho Público¹; simboliza la posición del ciudadano ante la Administración²; y refleja las relaciones que guardan los poderes públicos entre sí³. El procedimiento constituye, en efecto, una pieza básica del Derecho Administrativo contemporáneo⁴; la primera en verse afectada en tiempos de cambio⁵, puesto que, al fin y al cabo, es «la Administración pública en acción», o «el modo de hacer realidad el Derecho Administrativo»⁶. Una institución

1. Es la norma más elocuente del Derecho Administrativo moderno, la más valiosa para el historiador del Derecho. Expresa, siquiera sea implícitamente o en negativo, la entera filosofía del sistema: la organización interna y el modo de gestión de los asuntos administrativos; el concepto de ciudadano y la línea de separación entre el Estado y la sociedad; la idea de eficacia de la acción administrativa y la forma de racionalización y limitación del poder ejecutivo; la noción de Estado y de empleado público; las formas de relación con los ciudadanos y las clases de vinculación del ejecutivo con el poder legislativo y su impacto sobre el judicial; etc.

2. Por ejemplo, en el caso español, los arts. 35 y ss. de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común. Véase JAVIER BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», en J. Barnes, *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Global Law Press/Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pp. 272, 331.

3. Por ejemplo, en el caso español, arts. 4 y ss. de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común. Sobre este tema, me remito a mi trabajo «Sobre el procedimiento administrativo», cit. (nota 2), p. 295.

4. Baste pensar, a título de ejemplo, que a su través la Administración adopta las más relevantes decisiones (actos administrativos, contratos, reglamentos), sin agotar por ello sus virtualidades.

5. J. BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo...», cit. (nota 2), pp. 272, 331.

6. «Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts». Cfr. R. WAHL, «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», VVDStRL 41 (1983), p. 151 *passim*, 153.

tan central habrá de estar sometida, por lógica consecuencia, a una constante revisión legislativa y teórica.

Con el correr del tiempo, su relevancia no ha hecho sino acrecentarse. Y ello, entre otras razones, porque:

- a) Se ha convertido en un *vehículo de transmisión* fundamental donde cristalizan artesanalmente tantas exigencias dimanantes de los principios del Estado de Derecho, del principio democrático y del principio de eficacia, en las relaciones entre la Administración y el ciudadano⁷. Con la mediación legislativa, el procedimiento hace de *punte* o «transformador»⁸ entre la Constitución y la realidad de la variada actividad de la Administración pública.
- b) Constituye un formidable mecanismo de *control* y de *dirección* estructural de la Administración pública en manos del Parlamento⁹, en la medida en que la configuración legal del procedimiento posee efectos multiplica-

7. Así, la sujeción de la Administración a la ley y al Derecho a través de reglas de procedimiento; el sometimiento a criterios y parámetros de racionalidad que condicionen y guíen las discrecionalidad administrativa; la ponderación de complejos intereses y perspectivas sectoriales desde los distintos niveles de gobierno; la motivación de la acción del poder público; la legitimidad democrática de la acción administrativa mediante múltiples formas de participación y consenso; elementos de control y de rendición de cuentas; la transparencia en el proceso decisorio; el seguimiento de la efectividad de las decisiones en la fase de aplicación, etc.

Por ejemplo, en el caso de la Constitución española, esos valores se encuentran representados, entre otros, en los arts. 103.1 (sujeción a la ley y al Derecho, satisfacción del interés general, principio de eficacia); 9.2 (participación); 9.3 (interdicción de la arbitrariedad, motivación y racionalidad de la acción de todo poder público); art. 1.1 (cláusulas del Estado democrático de Derecho); etc. Sobre ello se insistirá más adelante.

8. Sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, véase E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 15 y ss.

9. Desde la perspectiva de la teoría política positiva, véase MATTHEW D. MC CUBBINS, ROGER G. NOLL, BARRY R. WEINGAST, «Administrative Procedures as Instrument of Political Control», 3 *JL Law, Econ and Org.* 243 (1987). Desde la óptica del Derecho Administrativo y la ciencia de la dirección, véase EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2004, pp. 203, 305. En español, del mismo autor, *La Teoría General*, cit. (nota 8), pp. 27 y ss., 359 y ss., etc., y, señaladamente, el capítulo primero de la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, ob. cit. (nota 2), *in totum*.

dores sobre cómo ha de decidir la Administración en el futuro¹⁰, y, en consecuencia y a la postre, sobre la *decisión* misma¹¹. Y ello vale especialmente para los casos en los que el resultado del procedimiento está abierto y no se sabe cuál será la resolución definitiva cuando éste se inicia¹².

- c) Sirve de fórmula de *compensación* de la *debilidad directiva* de la Ley material y de instrumento de *legitimidad democrática* de la acción administrativa¹³. El procedimiento constituye una actuación para absorber protesta, suscitar consenso y adhesión¹⁴.
- d) Representa el foro por excelencia a través del cual la Administración adopta sus decisiones más relevantes, bien sean de carácter *formal*: resoluciones singulares (actos administrativos); disposiciones y normas reglamentarias (reglamentos de toda especie, planes territoriales; etc.); y adjudicación

10. El legislador del procedimiento administrativo decide cómo decide la Administración. Por ejemplo, las normas de procedimiento relativas a los modos de iniciación; a los sujetos que pueden intervenir y el tratamiento que ha de dársele a la información obtenida a través de la participación; o las que se refieren a la forma que ha de adoptar la decisión, etc., condiciona y dirigen el sí y el cómo de la acción o decisión administrativa.

11. El legislador, por ejemplo, no puede programar para cada caso qué es lo que demanda «el desarrollo sostenible». Sin embargo, sí puede, en cambio, decidir el procedimiento administrativo en el que se ha de resolver esa cuestión y, para ello, hacer un cálculo meditado acerca del peso relativo que le concede en su definición a la comunidad científica, al público, a todas las Administraciones afectadas en los distintos niveles, etc., en la búsqueda de la solución medioambientalmente más eficaz. El mayor o menor peso relativo asignado a cada uno de esos canales de información y al método de trabajo tiene, sin duda, efectos trascendentes. Tal es el caso, por ejemplo, del procedimiento administrativo de evaluación estratégica ambiental.

Otro ejemplo paradigmático de dirección de la Administración a través del procedimiento reside en el plano de la información. La delimitación legal de la participación (si se restringe a los interesados o se abre el público en general); la definición de cómo ha de tratarse y procesarse la información obtenida a través de esa participación; la decisión del legislador acerca de si sólo puede decidir la Administración con base en la información obtenida, y debatida, en el curso del procedimiento; etc., tienen consecuencias decisivas.

12. Procedimientos de elaboración de planeamiento urbanístico; de reglamentos; de decisiones de carácter científico o técnico; etc.

13. «Legitimación a través del procedimiento» (Luhmann). Piénsese en el ejemplo de la Ley del Suelo: sus escasas determinaciones materiales se compensan mediante el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico.

14. Por ejemplo, el procedimiento sirve para hallar el consenso científico o técnico necesario cuando se trata de tomar decisiones en las que se ven involucradas cuestiones de tal naturaleza: la aprobación de un medicamento; medidas de seguridad alimentaria; etc. *Vid.*, por ejemplo, *infra* III.4.b.

de contratos. O bien *informal*: instrumentos de Derecho blando (guías, recomendaciones, manuales, interpretaciones, etc.). Con todo, el contenido y relevancia del procedimiento no se agota en esa dimensión (el procedimiento como proceso decisorio), por más que resulte de suma trascendencia, sino que se extiende a otros ámbitos, como la sujeción de la Administración al Derecho Privado, la acción administrativa transnacional, la prestación de actividades materiales o la mediación¹⁵.

- e) El procedimiento canaliza en buena medida las *relaciones* interadministrativas más allá de las *fronteras nacionales* en el plano transnacional (así, en el ámbito europeo)¹⁶ e internacional¹⁷.
- f) Se han «*procedimentalizado*» numerosas *políticas públicas* en el seno de la Unión Europea, en la medida en que se sustentan y resuelven en procedimientos, y no en estándares materiales¹⁸, bien sea por razones estructurales o constitucionales; de reparto competencial; de respeto a la diversidad nacional; o bien por consideraciones prácticas, desde el momento en que resulta en ocasiones más fácil el acuerdo y el consenso sobre el *cómo*, antes que sobre el *qué*¹⁹. La razón más básica, sin embargo, acaso resida en la nueva concepción del procedimiento como instrumento de dirección política que la propia Unión Europea ha hecho suya en tantos sectores²⁰.
- g) Traduce la *eficacia* administrativa al plano de la praxis²¹, en particular cuando se trata de ejercer competencias complejas y fragmentadas, tanto

15. *Vid.* capítulos primero y sexto de la presente obra. Asimismo, J. BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo», cit. (nota 2), pp. 280, 283, 332.

16. *Vid.*, por ejemplo, los trabajos de H.C. RÖHL y E. SCHMIDT-ASSMANN, en el presente volumen.

17. La acción más allá de las fronteras nacionales requiere el establecimiento de procedimientos decisorios que en todo caso satisfagan los requerimientos de los valores inherentes al principio democrático y de Estado de Derecho (transparencia, participación, motivación, control, etc.). Para una introducción a esta problemática, *vid.* J. BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo», cit. (nota 2), pp. 325-330.

18. Ejemplos paradigmáticos: medio ambiente, seguridad alimentaria o política social.

19. Pueden verse los capítulos correspondientes de E. SCHMIDT-ASSMANN y H.C. RÖHL, en la presente obra; asimismo, J. BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo», cit. (nota 2), pp. 324 y ss.

20. *Vid.* nota anterior.

21. La eficacia puede consistir, según los casos, en la celeridad del procedimiento (para el otorgamiento, por ejemplo, de complejas autorizaciones industriales), por exigencias de la vida económica; o en prestaciones administrativas de calidad; en la obtención y procesamiento de una

en un sentido transversal u horizontal, cuanto vertical, entre los distintos niveles de gobierno, y donde el procedimiento lo es casi todo para la viabilidad del sistema, como sucede, por ejemplo, con el gobierno electrónico²², o respecto de la prestación de servicios en el espacio comunitario²³.

h) El procedimiento administrativo es un instrumento clave en el contexto de los nuevos *modelos y estrategias* de regulación, dirección y gobernanza²⁴.

2. LOS DÉFICITS DE LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Las leyes de procedimiento fueron aprobadas para regular y estandarizar los procedimientos administrativos durante un período de creciente expansión administrativa, señaladamente a partir de la segunda postguerra europea (paradigmáticamente, en Estados Unidos, la Ley de Procedimiento Administrativo o «Administrative Procedure Act», de 1945). Son numerosas las reformas y actualizaciones que estas y otras leyes han merecido desde entonces, en particular, de nuevo, la citada Ley norteamericana, en la que se podría encarnar esa permanente tarea de progresión²⁵.

Con todo, de tantas leyes generales de procedimiento administrativo de la segunda mitad del siglo XX podría decirse que han quedado

información fiable y segura, para asegurar una accesibilidad efectiva; en la simplificación y la eliminación de cargas administrativas innecesarias o de solapamientos por falta de coordinación administrativa; en la consecución del consenso a la mayor brevedad posible; etc. Y, desde luego, eficacia es asegurar los objetivos y los fines que se persiguen.

22. Véase el capítulo de J. BARNES en la presente obra sobre «La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional», III.2.

23. Considérense, por ejemplo, las medidas de simplificación de los procedimientos en el ámbito de la prestación de servicios, y las relativas a la creación de una ventanilla única (Directiva 2006/123/EC del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, de prestación de servicios). La simplificación de los procedimientos administrativos para los ciudadanos supone y entraña procedimientos mucho más cooperativos y sofisticados.

24. *Infra* III.4.

25. *Vid.* los estudios de P. L. STRAUSS en la presente obra.

superadas por la realidad en razón del *contenido*, que ha devenido insuficiente; del *concepto*, que resulta obsoleto; y del *método de regulación* tradicional en el que han permanecido ancladas (véanse CUADROS 1 y 2).

La necesidad de la reforma –concebida como radical innovación o transformación del procedimiento administrativo– obedece, en efecto, entre otras, a tres razones fundamentales:

- Primero, porque son muchas las cosas relevantes que no están²⁶. Las leyes generales de procedimiento ya no son *representativas* de la actividad administrativa contemporánea²⁷.
- Segundo, porque el procedimiento no se ha sustraído de la vieja *concepción procesal*, en la que se inspiró en su nacimiento (estructura bilateral, principio contradictorio, secuencia de actos de autoridad al servicio de una decisión final, proceso meramente aplicativo de una ley material que contiene la solución, etc.)²⁸. Las leyes de procedimiento se recrean, en efecto, en un esquema judicial, propio de la función de garantía de los derechos que, aunque apto para la resolución de determinados conflictos, no sirve, sin embargo, para otros muchos escenarios²⁹, más aún, en aquellos ámbitos en los que el procedimiento posee una función creativa o innovadora (elaboración del planeamiento; de toma de decisiones de carácter técnico

26. En muchas leyes de procedimiento, por ejemplo, faltan referencias a la elaboración de reglamentos y planes; a la actividad administrativa no formalizada (negociaciones previas, asesoramiento al ciudadano, etc.); a la actividad de la Administración sujeta al Derecho Privado; a la actividad administrativa internacional; etc. *Vid.* CUADRO 1.

27. *Vid.* CUADRO 1. En ocasiones, la legislación tradicional de tantos países sigue anclada en procedimientos administrativos tipo o estándar que tienen por objeto resoluciones singulares, las más de las veces de gravamen. Dejan fuera otros procedimientos tipo de mayor uso o repercusión (planeamiento, elaboración de reglamentos, etc.) y no dan cuenta, por ejemplo, de las decisiones informales, de reglas interpretativas, del recurso a instrumentos de «soft law», etc., para el cumplimiento y aplicación de las leyes.

28. Sobre el tema, puede verse J. BARNES, «Sobre el procedimiento», cit. (nota 2), pp. 279 y ss.

29. Por ejemplo, para la elaboración de reglamentos. El molde judicial, aquí, representa, en cierto modo, un modelo premoderno de regulación o gobierno. Véase, en ese sentido, y respecto de la APA norteamericana, E. RUBIN, «It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative», Public Legal and Legal Theory Research Paper No. 30, Cornell L. Rev., vol. 89, 2002, p. 135.

o científico; etc.), esto es, cuando la solución o criterio no deriva sin más de la ley formal. Aquí, la solución ha de generarse en el seno del procedimiento³⁰.

- Tercero, porque no reflejan otro método de regulación, gobierno o dirección que el *clásico*, basado en una Administración jerárquica, cerrada y piramidal, que actúa mediante decisiones unilaterales e imperativas, en aplicación de normas emanadas desde un centro superior (modelo del «command and control regulation»)³¹. Nada dicen sobre las nuevas formas de regulación y gobernanza, y su impacto sobre el procedimiento administrativo³².

En suma: en un primer nivel, insuficiencia y escasa representatividad de la actividad administrativa considerada en la legislación (i); en un segundo plano, obsolescencia e ineficacia del instrumento «procesal» para múltiples situaciones y supuestos (ii); por último, desconocimiento de los nuevos modelos de regulación e inadaptación de los procedimientos a esos nuevos esquemas (iii). Tal es, a nuestro juicio, el desafío al que se enfrenta la institución y su reforma.

3. LAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA INADAPTACIÓN (TEÓRICA Y LEGISLATIVA) DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los efectos negativos de esa triple deficiencia podrían sintetizarse en tres grupos de problemas:

30. *Vid.* CUADRO 1.

31. *Infra* III y CUADRO 2.

32. Hablamos aquí de regulación en un sentido muy amplio, equivalente a dirección o gobierno de un sector, de acuerdo con un marco y unos instrumentos previstos por el Estado. Excede, pues, en mucho del estricto sentido que adquiere en los llamados «sectores regulados» (telecomunicaciones, correos, energía). *Vid. infra* III.1 y CUADRO 3.

- Inseguridad e incertidumbre jurídica, en la medida en que tantas y tan relevantes acciones de la Administración carezcan de referentes normativos claros, o de una adecuada comprensión;
- Ineficiencias e ineficacias, fruto de la utilización de modelos, técnicas e instrumentos inadecuados³³;
- Y relajación de los principios del Estado de Derecho y democrático, como consecuencia de una poco meditada adaptación de sus exigencias y requerimientos a las diversas clases de procedimiento y mecanismos regulatorios³⁴.

Tales consecuencias podrían ejemplificarse con los reglamentos, sin duda un instrumento formidable de toda política pública y una de las actividades más destacadas de la Administración contemporánea desde la segunda mitad del siglo XX³⁵, en cualesquiera de sus especies (planeamiento territorial y urbanístico; normas técnicas en materia de medio ambiente, salud o seguridad; reglamentos ejecutivos e independientes; normas de los organismos reguladores de los sectores regulados; etc.). Esos efectos perniciosos se dejarán sentir con fuerza, por ejemplo, si la legislación ignora o desdeña la regulación de los procedimientos de elaboración de normas y disposiciones (i)³⁶; si desconoce la diversidad de

33. Por ejemplo, el esquema procesal (lineal) no es apropiado para un procedimiento concebido como intercambio de información: mesas-redondas, conferencias, etc. (véase, por ejemplo, el trabajo de J.-P. SCHNEIDER en esta obra sobre el procedimiento «en forma de estrella» en la legislación alemana).

34. Véase más abajo III.4 y 5.

A título de ejemplo, véase, en el ordenamiento español, el «caso ANECA», *cfr.* J. BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo», cit. (nota 2), pp. 289-294.

35. *Vid.* P. L. STRAUSS, «Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.», cap. 7, parte primera (nota introductoria) en la presente obra.

36. Adecuada regulación no es, por cierto, sinónimo de rígida y completa formalización o «procesalización» del iter de elaboración. Un ejemplo de regulación poco sistemática, uniforme y anticuada (estructurada a modo de proceso judicial; encuentros puntuales o esporádicos con la sociedad; etc.) lo constituye el art. 24 de la Ley española 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Por el contrario, un ejemplo de regulación más flexible y sencilla lo proporciona la Ley de Procedimiento Administrativo (APA) norteamericana (véase el capítulo VII de este libro).

tipos de reglamentos³⁷ y de estrategias reguladoras (ii)³⁸; o si responde a una concepción arcaica del proceso normativo (iii)³⁹.

4. ALCANCE Y EXTENSIÓN DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Aquí, pues, no hablamos de una evolución normal que pueda ser controlada con los conceptos y métodos tradicionales.

En una escala ideal en la que pudieran medirse y representarse los diversos niveles, en grado y profundidad, de la *reforma del procedimiento*, cabría afirmar que:

- Las necesidades no se satisfacen con una revisión puntual de los procedimientos tradicionales o de su producto final, sea éste el acto, el contrato o el reglamento (primer nivel); como tampoco con una mera regulación de los nuevos fenómenos⁴⁰ o procedimientos que no están⁴¹, por más que sea ésta una tarea inexcusable (segundo nivel).

37. Los reglamentos de carácter técnico y científico, por ejemplo, requieren la participación de los expertos en una forma distinta a la que pudiera esperarse en los procedimientos de elaboración del planeamiento territorial. *Cfr.* III.4.b.

38. Por ejemplo, las estrategias regulatorias basadas en la búsqueda del consenso y en la cooperación público-privado (convenios y acuerdos, reglamentos negociados, etc.) requieren un esquema alternativo al procedimiento contradictorio y bilateral. En términos más abstractos, una cosa es *negociar* y otra, muy distinta, *argumentar*. Una y otra función requieren estructuras procedimentales bien distintas.

39. A título de ejemplo, esa es la tesis que sostiene E. Rubin respecto de los procedimientos reglamentarios en la APA norteamericana, por entender que su regulación está excesivamente influenciada por el instrumento procesal. *Cfr.* E. RUBIN, «It's Time», cit. (nota 29), pp. 95, 110. Véase asimismo P. L. STRAUSS, «Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.», en la presente obra (también el núm. III de la versión inglesa).

40. Por ejemplo, la elaboración de los instrumentos de Derecho indicativo o Derecho blando («soft law»), como recomendaciones, guías, interpretaciones, etc.

41. Por ejemplo, la acción administrativa exterior, tanto en el espacio europeo como internacional; actuaciones por vía electrónica; etc.

- La acción del *legislador* habría de extenderse a una comprensión del procedimiento más moderna que sirva de soporte *integrador* a una heterogénea realidad: el procedimiento como espacio donde se produce el intercambio de información entre la Administración y el ciudadano, y de las Administraciones entre sí (tercer nivel)⁴². El creciente intercambio de información *en y alrededor* del procedimiento administrativo constituye, en efecto, uno de los signos de nuestro tiempo⁴³. Frente a la antigua concepción que ponía el acento en la resolución final, es decir, en el producto formal de un procedimiento esencialmente bilateral⁴⁴, como se ha dicho, la doctrina más moderna se centra en su dimensión informativa, en el intercambio de información⁴⁵.

42. Tal propósito integrador es el que subyace a la tesis que concibe el procedimiento como intercambio de información entre la Administración y el ciudadano, o de las Administraciones entre sí, concluya o no en una decisión o resolución formal. Véanse, en particular, los trabajos de E. SCHMIDT-ASSMANN y J.-P. SCHNEIDER, en la presente obra colectiva. Asimismo, J. BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo», cit. (nota 2), pp. 303, 306, 331.

La reforma sería superficial, en efecto, si se limitara a plasmar fragmentariamente las nuevas exigencias, a adicionar las distintas perspectivas o estratos, sin integrar lo viejo y lo nuevo en un esquema más amplio.

43. *Cfr.* VOSSKUHLE, en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrecht der Informationsgesellschaft*, 2000, p. 365. Piénsese, por ejemplo, en la apertura de *sistemas de comunicación* previos a la iniciación del procedimiento mismo. Un ejemplo elocuente lo proporcionan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en el Derecho Comunitario, señaladamente en el caso del nuevo procedimiento de diálogo competitivo, en el que se produce una intensa comunicación previa a la adjudicación, a consecuencia de la colaboración público-privado (*cfr.* arts. 29, 35.2; 38.3 y 5; 44.2 y 4; 45; 52.3 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004).

44. La legislación general de procedimiento no ha contemplado fórmulas de comunicación permanentes, ya que el modelo procesal estaba dirigido esencialmente al dictado de resoluciones singulares.

45. Así, se dirá, los procedimientos administrativos son secuencias organizadas de obtención y tratamiento de la información; un sistema para estructurar los múltiples contactos y relaciones que se producen entre el ciudadano y la Administración o entre Administraciones diferentes. *Cfr.* H. HILL, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986; F. HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 2ª ed., 1991; E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit. (nota 8), p. 358; F. SCHOCH, «Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht», DV, vol. 25 (1992), pp. 1 y ss.

De entrada, y aunque no se agote en la toma de decisiones, lo cierto es que el procedimiento administrativo, en cuanto procedimiento decisorio, se resuelve en última instancia en un proceso de obtención y tratamiento de la información, en un proceso comunicativo. El procedimiento administrativo, en la medida en que se orienta a la resolución de una situación

- La reforma ha de dar cuenta, por último, de los emergentes métodos de regulación, dirección y gobernanza, para reflejar la transformación de nuestros modos de gobierno y su impacto sobre el procedimiento (cuarto nivel)⁴⁶.

En otras palabras, y por decirlo en términos familiares a la cultura jurídica europeo-continental:

- La reforma no ha de limitarse a actualizar *la* teoría general del acto y del procedimiento⁴⁷; de la organización⁴⁸; y de las relaciones ciudadano-Administración⁴⁹, cuya regulación caracteriza, en mayor o menor medida, a tantas leyes de procedimiento.
- Ha de contemplar también otros fenómenos⁵⁰ y, en definitiva, *nuevas teorías generales*, en plural, de los vicios del acto o de la norma reglamentaria; del principio de instrucción; o de otros tantos elementos, en paralelo a la introducción de nuevos procedimientos tipo que sean suficientemente emblemáticos de la realidad⁵¹, en virtud, en última instan-

concreta o a la toma de una decisión determinada, representa un instrumento para *seleccionar* la información más relevante. *Vid.* SCHMIDT-ASSMANN, *Ordnungsidee*, capítulo 6 (nota 2); véase también CHRISTOPH GUSY, «Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger», en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (GlVwR), vol. 2, 2008, § 23, núm. marg. 33 y ss.

Véanse los capítulos de R. GARCÍA MACHO y W. KLUTH en el presente volumen.

46. *Infra* III.

47. Por ejemplo, en la legislación española, la teoría del acto se encuentra en los arts. 53-67 de la Ley 30/1992. Y los arts. 68 y ss. recogen las características del procedimiento tipo. Uno y otro requieren ser actualizados, en la medida en que la legislación general de procedimiento se abra a nuevos procedimientos tipo, lo que podrá implicar un régimen diferente y adaptado de los actos definitivos.

48. Por ejemplo, arts. 4 y ss. de la Ley 30/1992, en su vertiente dinámica, y 11 y ss. de la misma Ley, en su dimensión estructural.

49. Por ejemplo, arts. 35 y ss. de la Ley 30/1992.

50. Véase CUADRO 1.

51. De elaboración del planeamiento urbanístico y territorial, por ejemplo, en cuanto representativo de un procedimiento donde han de ponderarse complejos intereses, sectores y competencias, a distintos niveles.

cia, de los nuevos modos de regulación y dirección y sus procedimientos más característicos⁵².

En resumen: renovación profunda del régimen legal, de un lado, y una nueva «carta de navegación» (o teoría general), actualizada y precisa, de otro. Tal es la premisa de la presente obra colectiva.

52. Modelos de «command and control» y procedimientos «aplicativos»; nuevos modelos de gobernanza sustentados en una activa colaboración público-privado y procedimientos «creativos»; etc. *Infra* III.

II OBJETO DEL LIBRO

LOS estudios de este volumen parten, en efecto, de esa constatación: la insuficiencia de la legislación tradicional de procedimiento administrativo y de la dogmática que le ha acompañado. La compleja realidad contemporánea ha desbordado los estrechos cauces del procedimiento clásico.

Los silencios más elocuentes de la legislación general de procedimiento resultan de la rápida sucesión e interrelación de fenómenos de amplio espectro e impacto, como la globalización y transnacionalización de las relaciones interadministrativas; o la colaboración público-privado (a través, por ejemplo, de la privatización del procedimiento). Uno y otro caso desembocan en nuevas formas de regulación y dirección.

Por ceñirnos a esta problemática, baste notar que el *espacio administrativo* de las Administraciones nacionales ya no coincide con el ámbito estatal y se extiende al plano regional (europeo) e internacional⁵³. Al mismo tiempo, las relaciones Estado-sociedad (Administración-ciudadano) han sufrido una clara mutación, no ya sólo porque la línea o frontera que los separa se ha desplazado de forma apreciable (piénsese, por ejemplo, en la desaparición de los monopolios estatales, en la autorregulación regulada o en tantas formas de privatización), sino también y sobre todo porque la visión acantonada, equidistante y rígida entre ambas esferas se halla en franca retirada, en beneficio de una comprensión más interactiva y de naturaleza cooperativa⁵⁴. El paso de una Administración «estado-céntrica» a una Administración *transnacional*, de un lado, y de una Administración prestacional a una Administración *garante* de la prestación y urgida a la colaboración público-privada, de otro, no deja indiferen-

53. Sobre el plano internacional, me remito al capítulo primero del presente volumen.

54. En el plano europeo, véase el capítulo segundo, en la presente obra colectiva, epígrafe I.

te, desde luego, al Derecho Administrativo en su conjunto, ni al procedimiento administrativo en particular⁵⁵.

Los trabajos de este volumen comparten la necesidad sentida de inducir y elaborar una comprensión más amplia e integradora del procedimiento administrativo, a partir de la multiforme regulación sectorial a nivel nacional, regional e internacional, y una más matizada y enriquecida sistematización y comprensión de la diversidad de estructuras procedimentales, fines, modelos o tipos. La selección de temas en la presente obra, por lo demás, no supone sino una introducción a un debate de largo recorrido⁵⁶. Aquí se estudian los procedimientos de «gestión de la incertidumbre» (científica, tecnológica, etc.), característica de la denominada «sociedad del riesgo»⁵⁷; las consecuencias de la sociedad de la información sobre el procedimiento⁵⁸; la prestación de asistencia sanitaria, como nuevo modelo de procedimiento⁵⁹; el papel del procedimiento en el Derecho Comunitario y sus efectos en la integración europea⁶⁰; o sus exigencias en punto a la cooperación interadministrativa en el plano nacional⁶¹; la rica experiencia nortea-

55. De ese doble proceso de apertura del Estado –o de estatalidad abierta– se encuentran huellas muy marcadas en la moderna comprensión del procedimiento administrativo que luce en el Derecho Comunitario. Véanse los trabajos de H.C. RÖHL y de E. SCHMIDT-ASSMANN, en el presente volumen.

56. La literatura sobre la *reforma del procedimiento* es tan antigua y abundante como la institución misma. Sin embargo, la perspectiva que aquí interesa está marcada por los cambios y revoluciones de nuestro tiempo, a los que en el texto se ha hecho referencia. Baste ahora, a título introductorio, destacar la serie de reforma del Derecho Administrativo y en particular el núm. 9: W. HOFFMANN-RIEM / E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, núm. 9, Nomos, Baden-Baden, 2002. Respecto de EE.UU., *vid.* P. L. STRAUSS, en la presente obra colectiva. En español, J. BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo», *cit.* (nota 2).

57. F. B. LÓPEZ-JURADO, en la presente obra.

58. R. GARCÍA MACHO y W. KLUTH.

59. El capítulo de J. M^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, en la presente obra.

60. Los trabajos de E. SCHMIDT-ASSMANN y H.C. RÖHL.

61. El trabajo de J. BARNES.

americana en materia de elaboración de reglamentos e instrumentos de Derecho blando⁶²; o la necesaria ampliación de las legislaciones nacionales de procedimiento administrativo, ejemplificadas en el caso alemán y español⁶³.

En síntesis, la legislación del procedimiento administrativo ha de enriquecerse con nuevas perspectivas que, primero, ensanchen el ámbito mismo del procedimiento para integrar dentro de su perímetro otras acciones de la Administración, tengan éstas carácter formal o informal; se produzcan en soporte electrónico o en papel; se hallen sujetas al Derecho Público o al Derecho Privado; ya se trate de cooperación interadministrativa o de colaboración entre el Estado y la sociedad; o constituyan actividades prestacionales, de mediación o de carácter decisorio; de producción de actos administrativos o de reglamentos de la más variada especie; etc.⁶⁴ Y, segundo, que sean capaces de desplazar el centro de gravedad (procedimiento-tipo como secuencia de actos de autoridad dirigida a la toma de decisiones de carácter singular) hacia otros terrenos (el procedimiento como sistema de intercambio y tratamiento de información; como marco o foro de las relaciones Administración-ciudadano)⁶⁵.

Todos los estudios se inscriben, pues, en una nueva perspectiva y generación de procedimientos administrativos y abren un debate de indudables repercusiones prácticas. El lector encontrará materiales modernos para la innovación y reforma del procedimiento.

62. Véanse los dos trabajos de P. L. STRAUSS en el presente volumen.

63. J.-P. SCHNEIDER, L. PAREJO.

64. De entre todas estas cuestiones, acaso merezcan una especial atención las acciones de la Administración que se desarrollan en el plano supranacional e internacional; las actuaciones no formalizadas o informales, sean o no vinculantes («soft law»); y las sujetas al Derecho Privado.

65. Sobre el tema en español, *vid.* J. BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo», cit. (nota 2), pp. 333-334. *Vid.* notas 42, 43 y 45.

III

LA PERSPECTIVA DE LOS MODELOS Y DE LAS ESTRATEGIAS REGULATORIAS COMO CRITERIO DE ANÁLISIS, SISTEMATIZACIÓN Y DISEÑO LEGAL DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

1. INTRODUCCIÓN

LA tesis que aquí se postula podría formularse así:

– El procedimiento administrativo *clásico* (CUADRO 1) constituye uno de los emblemas más significativos del modelo de dirección y regulación *tradicional* (CUADRO 3).

– Los nuevos modelos y estrategias regulatorias y de gobernanza reclaman procedimientos cualitativamente distintos. La reforma del procedimiento habrá de hacerse eco de esas nuevas realidades (CUADRO 3).

Para explicitarla, conviene hacer una breve consideración preliminar:

Los estudios y propuestas de reforma de la política regulatoria distinguen, siquiera sea provisionalmente y de un modo conscientemente simplificado, entre sistemas tradicionales de gobierno y dirección y nuevas formas de gobernanza, para contrastar los modelos clásicos que se basan en una regulación normativa y jerárquica, con leyes uniformes y de detalle, acompañadas de técnicas coercitivas⁶⁶, de un lado, y, de otro, aquellos otros métodos alternativos o complementarios de dirección de un sector que se sirven de estrategias diferentes, como la cooperación público-privada⁶⁷.

En ese contexto, por *modelos* de dirección, gobierno y regulación, en sentido muy amplio, podría entenderse, a nuestros efectos, el sistema de objetivos,

66. Es decir, regulación de «orden y mando» («command and control regulation») o regulación característica de la actividad administrativa de policía.

67. Por ejemplo, modelos de gobernanza administrativa en Europa o EE. UU.

medios e instrumentos, estructurados de un modo característico, para organizar y gobernar un sector determinado, mediante la combinación de tres variables estrechamente relacionadas: la forma en que la ley dirige a la Administración (i)⁶⁸; la función o responsabilidades que ésta asume (ii); y las que al sector privado se le asignan (iii).

De ordinario, no se trata tanto de modelos puros y excluyentes, cuanto de sistemas mixtos y complementarios del tradicional y, en ocasiones, de meros instrumentos o estrategias aislados e insertos en los esquemas tradicionales⁶⁹. Una misma política pública, expresada incluso en una única norma (ley nacional, directiva comunitaria, tratado internacional, etc.), puede combinar elementos de modelos diferentes: normas imperativas y vinculantes acordadas desde un centro superior, e instrumentos de Derecho indicativo o Derecho blando; técnicas coercitivas y mecanismos de cooperación descentralizada y consenso en su desarrollo y ejecución⁷⁰; etc.

68. Mediante estándares materiales o normas de procedimiento; atribuyendo o no espacios de discrecionalidad; etc.

69. Por ejemplo, mecanismos de Derecho blando en convivencia con técnicas de ejecución forzosa.

La interacción entre sistemas clásicos de regulación con nuevas formas de gobierno puede ser sumamente variada. A efectos de su sistematización y análisis en el ámbito del Derecho Administrativo, la cuestión más relevante no es tanto la eventual rivalidad, complementariedad o transformación que la interacción de uno u otro modelo puedan generar, cuanto la diversa posición relativa que los elementos fundamentales del sistema experimentan en cada caso (estructura y contenido de la ley, forma de dirigir a la Administración, diversos modos de toma de decisiones y de aplicación, las diferentes vías de control, etc.). La constelación cambia y se explica a sí misma de un modo distinto.

70. Un ejemplo paradigmático: la Directiva marco en el sector del agua (Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas). Se trata de una Directiva nacida para reemplazar otras Directivas basadas en el modelo tradicional del «command and control» que abordaban de modo segmentado el problema del agua (aguas subterráneas, aguas superficiales, agua potable, etc.). La Directiva marco mezcla mecanismos propios del sistema tradicional (normas imperativas y centralizadas, mandatos y prohibiciones) con otros elementos modernos de gobernanza (procesos descentralizados y cooperativos, de abajo hacia arriba; redes horizontales; supervisión constante del programa o plan; participación; compartición de la información y de experiencias y buenas prácticas; guías indicativas; etc.).

Sobre este tema, véanse los trabajos de DAVID M. TRUBEK y LOUISE G. TRUBEK, «New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation», 13 Colum. J. Eur. L. 539 (Columbia Journal of European Law, Summer, 2007); y de C.F. SABEL & J. ZEITLIN, «Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the

Cualquier método, clásico o moderno, se enfrenta en realidad a problemas similares:

- En primer término, ha de ofrecer un diseño general del modelo en su globalidad: las prioridades y el peso relativo de los fines a alcanzar; la estrategia fundamental en la que se sustenta; la selección de herramientas, viejas o nuevas, a su servicio; etc. En definitiva, la definición del método de regulación de una política pública.
- Ha de resolver, en segundo lugar, el modo en que organizar la producción o inducción de normas, criterios, reglas o estándares, sean o no vinculantes, así como la determinación de los instrumentos interpretativos.
- Y debe solventar, en fin, la forma en que han de alcanzarse los objetivos y los resultados, esto es, el sistema de cumplimiento y ejecución de lo establecido.

Todo modelo, por otra parte, ha de someterse a una revisión permanente para asegurar su adaptabilidad evolutiva a los principios constitucionales: principio democrático (legitimidad democrática de las normas emanadas a través del modelo); principio del Estado de Derecho (racionalidad, control, rendición de cuentas, etc.); principio de eficacia de la acción administrativa (celeridad, calidad, efectividad en la consecución de los resultados, etc.).

Un modelo se mide, en otras palabras, por su capacidad para establecer e inducir objetivos, criterios y reglas (i); por su eficacia en la consecución de los resultados apetecidos (ii); y por su capacidad de adaptación y síntesis de los valores y fundamentos constitucionales (iii).

En este contexto, conviene notar la relevancia del procedimiento administrativo:

European Union», European Governance Papers (EUROGOV), No. C-07-02, pp. 42 y ss. (<http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-07-02.pdf>).

Las Directivas sobre el permiso parental o sobre trabajo a tiempo parcial representan otros ejemplos de normas vinculantes y de carácter indicativo. Sobre el tema puede verse O. TREIB, H. BÄHR, G. FALKNER, «Modes of Governance: Towards Conceptual Clarification», European Governance Paper (EUROGOV), 2005, núm. N-05-02, p. 7 y la bibliografía allí citada (www.connex-network.org/eurogov/pdf/legp-newgov-N-05-02.pdf).

Primero, porque la *información* está presente en todos los sistemas de regulación y gobernanza. La obtención y tratamiento de la información, en efecto, se encuentra implícita y en la base de todos sus elementos y dimensiones: la capacidad para fijar los criterios y las normas adecuadas; el aprendizaje permanente; la efectividad de las medidas adoptadas; y la adaptabilidad a las exigencias constitucionales, etc. guardan una relación directamente proporcional con la información. Y la información, nótese bien, remite en última instancia a normas de procedimiento⁷¹.

Segundo, porque en las complejas y diferenciadas sociedades modernas, el Derecho no sirve tanto para configurar directamente los procesos sociales, cuanto para establecer el marco o foro en el que recrear el proceso de aprendizaje y la búsqueda de la mejor solución posible. El Derecho –y así también el procedimiento– se convierte en una suerte de «constitución externa» dentro de la cual tiene lugar el proceso de evolución social⁷².

Y, tercero, porque el procedimiento se extiende en paralelo por todas las fases del modelo de dirección y gobernanza. En el contexto de los nuevos métodos el crecimiento exponencial del conocimiento induce a considerar provisionales tantas decisiones –de carácter técnico, científico, económico, medioambiental, etc.–, cualquiera que sea la forma que adopten (autorizaciones en materia de medioambiente; informes de evaluación de impacto; planes y programas; etc.)⁷³. Se fortalecen y multiplican los canales de aprendizaje y de interacción entre el regulador y el regulado. Todo ello desemboca a su vez en procedimientos «alargados», más estables o permanentes, que no concluyen con una resolución defi-

71. Normas de instrucción u obtención y procesamiento de la información en el seno de los procedimientos; normas reguladoras del acceso a la información; normas atinentes al intercambio de información entre Administraciones; etc.

72. Desde las perspectivas regulatorias que ponen el acento en el proceso o procedimiento deliberativo, o diálogo participativo entre los distintos actores para determinar los objetivos y valores a perseguir, *vid.* TONY PROSSER, *Nationalised Industries and Public Control*, 1986. *Apud* B. MORGAN & K. YEUNG, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2007, pp. 36-41.

73. Por ejemplo, instrumentos de Derecho indicativo, como las recomendaciones de la «Common Implementation Strategy» en el contexto de la Directiva marco del agua, se consideran «documentos vivos», como algo provisional sujeto a revisión a la luz de la experiencia. Ello, obvio es decirlo, no deja indiferente a la estructura del procedimiento administrativo. *Vid.* sobre ese documento los trabajos de DAVID M. TRUBEK y LOUISE G. TRUBEK, «New Governance & Legal Regulation», *cit.* (nota 70), pp. 539 y ss.; y de C.F. SABEL & J. ZEITLIN, «Learning from Difference», *cit.* (nota 70), pp. 42-43.

nitiva, puesto que ésta se halla sujeta a una constante supervisión y a su eventual modificación en función de las cambiantes circunstancias⁷⁴. Asistimos, en suma, a una suerte de procedimentalización del Derecho, advertida desde ópticas y planteamientos distintos⁷⁵.

2. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL MODELO TRADICIONAL SOBRE EL QUE SE HA CONSTRUIDO EL DERECHO ADMINISTRATIVO CLÁSICO

Hasta tiempos no tan lejanos, el sistema de regulación, dirección y gobierno ha estado monopolizado por el método tradicional, conocido en la literatura angloamericana como «command and control», porque el contenido de la norma estatal se resuelve en órdenes, mandatos y prohibiciones, y la Administración es la encargada de su aplicación por medio de técnicas coercitivas.

Aun cuando el modelo del *Estado liberal* del siglo XIX y, más en concreto, la *actividad administrativa de policía* (orden y seguridad públicos) que le siguiera sean los que mejor capturen –o caricaturicen– la esencia de este sistema, no se trata, sin embargo, de un modelo asociado a una sola forma de Estado, o a una época determinada.

A nuestro limitado propósito, y por justa convención, podrían destacarse las siguientes características del modelo tradicional de regulación:

74. DAVID M. TRUBEK y LOUISE G. TRUBEK, «New Governance & Legal Regulation», cit. (nota 70), p. 542.

75. En relación con el tema y desde la perspectiva del Derecho Administrativo como ciencia de dirección que ha animado el movimiento de reforma en Alemania, puede verse, con carácter introductorio, H.-H. TRUTE, «Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch», en: *Die Verwaltung*, Beiheft 2, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 10. Asimismo, desde otras ópticas, pueden verse, por ejemplo, los conocidos trabajos de GÜNTHER TEUBNER, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», 17 *LAW. & SOC'Y REV.* 239, 286 (1983); GÜNTHER TEUBNER, «The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy», 31 *LAW. & SOC'Y REV.* 763, 788 (1997); TONY PROSSER, «Theorising Utility Regulation», 62 *MOD. L. REV.* 196 (1999); J. HABERMAS, *Between Facts and Normas* (W. Rehg, trad., MIT Press, 1996); etc.

– El Estado es el «productor» de normas y la regulación tiene, en consecuencia, carácter estado-céntrico.

– La Administración se estructura jerárquicamente y actúa de modo imperativo para llevar a su debido efecto lo establecido en la norma.

– Las leyes se resuelven en órdenes o mandatos positivos y en prohibiciones.

– La regulación se articula en torno a dos fases netamente diferenciadas: la *creación* de la norma y su *aplicación*. Se fundamenta, por tanto, en el binomio «programación-ejecución». La primera, reservada al Parlamento, y la segunda a la Administración. La discrecionalidad –en virtud de la cual el legislador difiere a la Administración la respuesta o la decisión– tiende a concebirse en el plano teórico como algo excepcional, como algo a reducir y «combatir».

– A partir de ese esquema se construyen los detalles:

- La ley aspira a prever todos los supuestos de hecho imaginables, para anularles una respuesta o consecuencia jurídica. La aplicación administrativa de la ley, en teoría, se encuentra enteramente programada y se concibe por consiguiente como una mera subsunción o aplicación mecánica de la ley.

- La programación legal de la Administración se caracteriza por normas obligatorias y *condicionales* (si concurre el presupuesto de hecho, se aplica la consecuencia jurídica prevista).

- La cuestión de la *eficacia* en la consecución de los objetivos de la política pública proyectada no es objeto de atención preferente durante la elaboración de la norma y representa un problema que se remite a la fase de aplicación. La norma, por su parte, confía en exceso en la sanción administrativa como garante de su cumplimiento, y menos en otras clases de incentivos, en el consenso y la cooperación, o el aprendizaje recíproco entre Administración y destinatario de la norma, como sucede en las nuevas formas de dirección y gobernanza.

– El acto administrativo, en cuanto decisión de autoridad, esto es, como resolución unilateral y ejecutiva, constituye el buque-insignia del modelo y, desde luego, el protagonista indiscutible del procedimiento administrativo clásico (CUADRO 1).

– La legitimidad democrática de la acción administrativa típica resulta asegurada, de un lado, porque la Administración, en el entendimiento tradicional, no hace sino aplicar mecánicamente los dictados de la ley democrática, y, de otro, porque el poder judicial garantiza, a través de un control cuasi-perfecto,

la revisión del fondo y su corrección en caso de desviación de lo dispuesto por aquélla.

– Todo el control se construye sobre la revisión judicial: el Derecho Administrativo clásico ha gravitado en derredor de la tutela judicial. La discrecionalidad, centro neurálgico del sistema, ha sido contemplada siempre «en negativo»: una construcción que sirve para explicar el fundamento, las técnicas y los límites del control jurisdiccional⁷⁶.

A su sombra ha vivido, enseñoreado, el Derecho Administrativo clásico. Las instituciones características del Derecho Administrativo que han llegado hasta nuestros días responden a ese esquema y constituyen el instrumental a su servicio: una ley imperativa que todo lo contempla y que programa hasta el detalle la acción administrativa; una Administración jerárquica y piramidal; la decisión unilateral; el procedimiento como mecanismo meramente aplicativo de la ley; normas reglamentarias emanadas de arriba hacia abajo; etc. El modelo tradicional no se caracteriza tanto por los elementos que lo integran, cuanto por la *posición relativa* que cada una de esas piezas guarda en el seno del sistema.

La vigencia de este modelo, por otra parte, resulta *indiscutible*, no así su *monopolio*, como luego se insistirá. El Derecho Administrativo forjado a partir del siglo XIX se ha construido sustancialmente sobre un pilar fundamental –el modelo de la actividad administrativa de policía o método del «command and control», por decirlo de forma simplificada–. El Derecho Administrativo del siglo XXI se sustenta sobre una *multiplicidad* de modelos, instrumentos y estrategias (cooperación público-privado; cooperación interadministrativa transnacional; mecanismos de «soft law»; etc.).

La adopción de métodos de regulación y gobernanza enteramente diferentes invita, desde luego, a un *replanteamiento* de las institucio-

76. Esa dimensión ha olvidado la otra cara: el procedimiento como sistema racional de ejercicio de la discrecionalidad, de producción normativa, de ejercicio y desarrollo de políticas públicas. La dimensión positiva del Derecho Administrativo va más allá del lenguaje binario propio de la perspectiva de control (legal-ilegal), esto es, el «aprobado», para tener en cuenta la eficacia, la excelencia.

nes clásicas del Derecho Administrativo⁷⁷. El Derecho Administrativo de los actos unilaterales dotados de «imperium» es tan sólo una parte de la realidad. También hay un Derecho Administrativo de los mecanismos voluntarios, de los incentivos económicos y fiscales⁷⁸; un Derecho Administrativo de la información como instrumento regulador; etc.

Si se admite esa tesis, el procedimiento, como otras muchas técnicas, instituciones y categorías, podrá experimentar tantas *refracciones* o variaciones como diversos sean los modelos de regulación y dirección en los que se inserten. Parece necesario indagar en qué medida los nuevos modelos modifican, en su estructura, relaciones o funcionalidad, los elementos de que se integran⁷⁹. Como se ha notado⁸⁰, el procedimiento y la Administración esbozados en la legislación tradicional responden al esquema o *modelo clásico de dirección y gobierno*. Poco o nada dice la legislación tradicional sobre las nuevas formas de regulación y gobernanza, y su impacto sobre el procedimiento administrativo⁸¹.

Esta es una cuestión que excede en mucho del objeto de estas páginas y del presente volumen, y remite a ulteriores investigaciones y estudios, de largo recorrido. Aquí, tan sólo, cabe esbozar seguidamente, y por vía de ejemplo, la tesis para el debate que se propugna.

77. RICHARD B. STEWART, «Administrative Law in the Twenty-First Century», 78 N. Y. U. L. Rev., 437, 2003, p. 454.

78. Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit. (nota 8), p. 29.

79. Por ejemplo, el convenio urbanístico o medioambiental no es lo que el acto administrativo a la ley, esto es, una decisión en aplicación o ejecución de la misma, sino algo distinto, puesto que la ley urbanística o la legislación de medio ambiente no habría definido la solución. Las estrategias regulatorias basadas en la cooperación público-privado pueden utilizar una figura o técnica conocida con un sentido y finalidad distintos.

80. CUADROS 1 y 2. *Supra* I.2.

81. *Ibidem*.

3. LAS INSUFICIENCIAS Y DÉFICITS DEL MÉTODO TRADICIONAL DE GOBIERNO. DEL MONOPOLIO DEL MÉTODO TRADICIONAL A LA PLURALIDAD Y A LA COMBINACIÓN DE SISTEMAS

El sistema tradicional ha sido objeto de numerosas críticas desde diversos ángulos en las últimas décadas.

Se le ha reprochado, por ejemplo, la rigidez y lentitud del sistema; el excesivo coste que implica; la uniformidad y escasa innovación que genera; su carácter obligatorio; etc. La eficacia de las políticas públicas se ha convertido en uno de los motores que han impulsado las reformas de las políticas regulatorias emprendidas a nivel internacional, regional o nacional (políticas sociales, de medio ambiente, economía, seguridad, etc.)⁸². Y entre las medidas ensayadas destaca el fomento y la cooperación (público-privado e interadministrativa), tanto en la definición de las políticas y sus prioridades, como en lo que a su desarrollo normativo y aplicación concierne⁸³.

Ello ha determinado una constante experimentación en la búsqueda de soluciones.

Las insuficiencias y déficits de los métodos tradicionales de gobierno, asentados sobre el viejo esquema legal de la prohibición y el mandato y en las herramientas coercitivas, han dado paso a otros *modelos, mecanismos e instrumentos* complementarios, profundamente entrelazados, y convertidos ya en signos de nuestro tiempo en tantos ámbitos: la cooperación entre la Administración y el ciudadano, como «socios» que se necesitan en la búsqueda del bien común; los

82. Véanse, por ejemplo, entre otras muchas iniciativas de instituciones internacionales y europeas, los documentos de la OCDE y del Proyecto SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management) sobre reforma regulatoria y gestión y gobernanza pública.

83. Se han ensayado múltiples mecanismos para mejorar los déficits que presenta el modelo tradicional: evaluaciones de costes y beneficios de la norma proyectada, de impacto regulatorio; el recurso a instrumentos basados en el mercado y en la información a los consumidores, participación de terceros en la función de control y vigilancia (sindicatos, comunidades, asociaciones, competidores); transparencia; etc. En relación con el medio ambiente, véase, por ejemplo, RICHARD B. STEWART, «A New Generation of Environmental Regulation?», 29 Cap. U. L. Rev. 21, 2001.

fenómenos de autorregulación y privatización; la coordinación y cooperación de todas las Administraciones implicadas, en el plano interno y exterior, sea éste el espacio regional (europeo, por ejemplo) o la arena internacional; la información como instrumento regulador; la participación de una opinión pública bien informada; la simplificación de las cargas administrativas; principios y prácticas para producir una mejor regulación en un entorno de intrínseca complejidad e incertidumbre; leyes con programación finalista y definición de procedimientos administrativos donde hallar la solución más idónea; decisiones pensadas desde su misma gestación para ser eficaces en su aplicación; instrumentos de Derecho indicativo o Derecho blando; evaluaciones de impacto; nuevas formas de transparencia y de rendición de cuentas; etc.

Surgen así, en paralelo a los métodos tradicionales (que se caracterizan por normas emanadas desde arriba, requisitos de obligado cumplimiento, etc.), nuevas formas de gobernanza basadas en procesos descentralizados y participativos, de abajo hacia arriba, y debate y discusión permanentes; programas y planes en constante revisión; redes horizontales; compartición de información, de experiencias, y de códigos de buenas prácticas; recomendaciones y guías no vinculantes; etc. (CUADRO 3). En ese nuevo entorno, el Estado, primero, renuncia a atender sus responsabilidades por la exclusiva vía de los instrumentos jerárquicos e imperativos; y deja de ser, en segundo término, un edificio cerrado y autosuficiente (CUADRO 3).

Muchas de las cosas que ocurren en el ámbito del Estado y de la Administración contemporáneos desde las últimas décadas del siglo XX se pueden explicar, en efecto, a través de la idea de *regulación* y *dirección*, esto es, al trasluz del sistema o método de gobierno que en cada caso se establezca, sea éste de origen *tradicional* (por ejemplo, el característico de la actividad administrativa de policía) o *moderno* (fórmulas de cooperación público-privado; múltiples interacciones entre la Unión Europea y los Estados miembros a través de la comitología, las agencias europeas o el método abierto de cooperación⁸⁴; la gobernan-

84. *Infra* 4.d.

za de Internet; etc.)⁸⁵. Buena parte de lo que sucede se resuelve en la emergencia de modelos complementarios o alternativos del viejo método del «command and control».

La más profunda transformación del Estado y de la Administración radica, en efecto, en la emergencia de una *diversidad* de métodos, formas e instrumentos de regulación, dirección y gobierno, que no son sino el *precipitado* de toda una suerte de movimientos de reforma, tendencias y revoluciones, tales como la globalización de la economía y de la sociedad (la interdependencia económica, social, ambiental o informativa, entre otras); la pluralidad de centros y niveles de producción normativa supra- e intraestatales; las insuficiencias e ineficacias de los métodos tradicionales; la desregulación y la privatización; etc. Ello ha dado lugar a la aparición de nuevos actores públicos y privados, y a una continua experimentación de formas, modelos y estrategias regulatorias, en donde la clave reside antes en una acertada selección de mecanismos e instrumentos, que en una elección alternativa.

4. LA MODULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL CONTEXTO DE LOS MODELOS Y ESTRATEGIAS REGULATORIAS. ALGUNOS EJEMPLOS

El modelo explica y prescribe la forma de ser del procedimiento. Veámoslo en los siguientes ejemplos:

85. Sobre este último ejemplo, *vid.* el Documento WSIS-03/GENEVA/4-S, 12 de mayo de 2004, sobre la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, auspiciada por Naciones Unidas (Resolución 56/183, 21 de diciembre de 2001, de la Asamblea General), celebrada en Túnez el 16-18 de noviembre de 2005; así como los documentos finales de la citada cumbre (<http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/7-es.html>); asimismo, *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*, MARY C. RUNDLE, Harvard University - Harvard Law School, December 13, 2005 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870059); y, en particular, *Background Report*, del *World Group on Internet Governance* (WGIG), auspiciado por las Naciones Unidas, núms. 155 y ss. (<http://www.wgig.org/>) y el libro escrito por el mismo Grupo *Reforming Internet Governance* (*ibídem*).

a) LA ESTRATEGIA REGULATORIA CONSISTENTE EN LA TRANSFERENCIA AL SUJETO PRIVADO DE LOS COSTES DE TRANSACCIÓN CON EL OBJETIVO DE DIRIGIR EL SECTOR SOBRE LA BASE DE LA COOPERACIÓN PÚBLICO-PRIVADO: EL EJEMPLO DE LA PRIVATIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Con el término «privatización» se evoca el movimiento de transferencia de una actividad del sector público al privado. En el caso del procedimiento administrativo, que es la perspectiva que aquí interesa, esa transferencia puede consistir, por ejemplo, en la participación privada en terrenos hasta ahora dominados por la Administración, como en el caso de la *instrucción del procedimiento*. En tal hipótesis, el sujeto privado asume los costes de la instrucción o, lo que es lo mismo, de la obtención y tratamiento de la información necesaria⁸⁶. La Administración verifica la integridad, fiabilidad y calidad de la información generada y procesada. En este y otros supuestos (propuestas de planes urbanísticos por parte del promotor privado; participación privada en el control y vigilancia de determinadas autorizaciones; auditoría ecológica; etc.), se pone de relieve que la privatización no significa «per se» el abandono o la retirada del Estado y de la Administración, sino *una forma distinta de organizar la actividad o el sector*. No se trata, por tanto, de un juego de suma-cero, en el que «terreno ganado» por el sector privado signifique «terreno perdido» a costa del sector público⁸⁷.

86. Por ejemplo, la realización de los estudios medioambientales corre a cargo del promotor de la obra, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. *Cfr.* art. 5 de la Directiva comunitaria europea 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. A título de ejemplo, puede verse el Texto Refundido de la Ley española, 1/2008, de 11 de enero, art. 7.

87. Véase G.F. SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Nomos, 2000, p. 380.

Es más, la vieja dicotomía «público-privado» no sirve para expresar lo que aporta la cooperación público-privado, que, nótese bien, acompaña a la privatización. La privatización parcial del procedimiento administrativo no representa sino una elocuente demostración de que no nos hallamos ante una disyuntiva o dilema entre lo público y lo privado, sino, muy al contrario, ante una convergencia de esfuerzos a partir de un nuevo reparto de responsabilidades y funciones.

Constituye, en efecto, una nueva forma de *división del trabajo* entre la Administración y los ciudadanos, en la que el Estado y la Administración redefinen sus funciones (responsabilidades)⁸⁸ y los instrumentos para atender el interés general⁸⁹. La vieja *instrucción administrativa*⁹⁰ se transforma en *control de la instrucción* realizada por el sujeto privado⁹¹.

Privatización significa, en otras palabras, interacción, entrelazamiento y engranaje de *responsabilidades*⁹² entre la Administración y el sector privado. La privatización representa, en ese sentido, *el paso de un modelo de regulación y dirección a otro distinto*. La privatización aquí responde a una estrategia regulatoria: transferencia de costes de transacción al sector privado; corresponsabilidad; búsqueda en común del interés general (la Administración y el ciudadano); control último a cargo de la Administración que se responsabiliza del resultado final⁹³.

88. Sobre la elaboración de este concepto-puente entre las ciencias auxiliares y el Derecho Administrativo, véase E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit. (nota 8), pp. XXV, 22, 186 y ss.

89. En sentido análogo, SCHUPPERT, ob. cit. (nota 87), *ibídem*. La Administración asume el papel de garante de determinadas actividades, servicios y prestaciones, y el sector privado su ejecución y financiación, en los términos y en las condiciones establecidos para cada caso. La Administración prestacional da paso a la Administración garante de un resultado.

90. Por ejemplificarlo en la legislación española, el art. 78.1 de la Ley 30/1992, en la que se establece el procedimiento administrativo común, dispone que: «Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.»

91. La instrucción se hace así más pública, descentralizada y transparente, sujeta a debate, contraste y control. Por mantener el ejemplo en el marco de la legislación española, pueden verse los arts. 7 y ss. del Texto Refundido 1/2008, de 11 de enero, de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental.

92. *Vid.* nota 88.

93. Véase SCHUPPERT, ob. cit. (nota 87), pp. 805-822.

El término «privatización», en definitiva, resulta equívoco, puesto que se queda corto para dar cuenta del entero fenómeno. Alude tan sólo a ese momento temporal y contingente del trasvase, a un punto del proceso, y esconde el conjunto y los fines a los que responde.

El procedimiento administrativo, junto a otros instrumentos, es arrastrado en ese movimiento: si el Estado deviene en garante de prestaciones en lugar de prestador directo, o se convierte en un Estado cooperativo, el procedimiento habrá de adaptarse, obvio es decirlo, a esas nuevas funciones. En concreto, la instrucción, en el ejemplo considerado, ha de reflejar esa nueva estrategia y abandonar el modelo tradicional en que se ha sustentado⁹⁴, para incorporar otros elementos y estructura⁹⁵.

b) LA INCORPORACIÓN DEL MODELO CIENTÍFICO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS ANTE SITUACIONES DE RIESGO E INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA

El problema de fondo de los modelos tradicionales de regulación y dirección en los ámbitos de la ciencia y de la tecnología no radica sólo en que la ley abstracta, general y con vocación de permanencia no constituya el instrumento idóneo para hacer frente a los vertiginosos cambios que esos sectores deparan. La cuestión previa reside en que se trata de terrenos dominados por la incertidumbre y el riesgo científicos y tecnológicos. El legislador no puede anticiparse a la realidad. El Estado necesita de la sociedad.

Una de las estrategias regulatorias ensayadas para hacer frente a esos retos consiste en el diseño de complejos procedimientos administrativos de elaboración de reglamentos inspirados en el método científico.

La comunidad científica se sirve de la investigación y de la crítica, a través de la transparencia; de la búsqueda del consenso en torno a lo desconocido; y de la proposición de hipótesis o de modelos, para discernir el umbral que separa los datos conocidos y contrastados, de la incertidumbre. El proceso científico, pues, tiene por objeto la determinación e indagación de datos y hechos (discutibles y discutidos, por

94. Por ejemplo, art. 78.1 de la Ley española 30/1992, de procedimiento.

95. Véanse CUADROS 1 y 3, y nota 91.

definición). Se diferencia, por ello, radicalmente de los procesos que sirven de cauce de expresión de una mera manifestación de voluntad política.

De acuerdo con este esquema, si se trata de resolver cuestiones de carácter científico y tecnológico (el nivel tolerable de exposición al ozono; las condiciones de seguridad alimentaria; los límites admisibles de emisión e inmisión a la atmósfera; la aprobación de un producto farmacéutico; etc.), el procedimiento se habrá de estructurar y organizar entonces al modo en que discurre el proceso científico e investigador. Y para garantizar la transparencia y el consenso sobre la incertidumbre se pueden establecer, a título de ejemplo, medidas como las que incorpora el sistema norteamericano⁹⁶:

- El anuncio con antelación suficiente de la intención de elaborar el reglamento, a fin de que pueda producirse el debate y la participación en una fase muy *temprana*, no sólo entre los técnicos y científicos de la Administración, sino del público.
- La obtención y procesamiento de la información científica y tecnológica disponible.
- La presentación de una o varias propuestas de norma para el debate.
- La ponderación de los elementos relevantes y la búsqueda de un consenso básico.
- El control del sustrato fáctico (datos científicos) en que se sustenta el reglamento, tanto en el seno del procedimiento y en la ulterior revisión judicial. El control judicial resulta aquí mucho más intenso que el control de constitucionalidad de las leyes, puesto que el juez examina el método seguido; las fuentes utilizadas; la transparencia del debate; la efectividad de la participación; la realidad de la ponderación realizada; etc.

En este esquema, el método de la ciencia y de la tecnología ahorran la estructura del procedimiento, para seguir en paralelo el proce-

96. *Vid.* el trabajo de P. L. STRAUSS en la presente obra, en la versión inglesa: «US Rulemaking», núm. 2. El método europeo se caracteriza por una equilibrada conjunción de una organización especial, de carácter representativo (agencias europeas), y un procedimiento específico de toma de decisiones.

so de «hacer ciencia» e incorporar algunos de sus elementos más característicos: investigación, debate transparente, búsqueda de consenso científico sobre los riesgos y la incertidumbre; etc. Ello se traduce, por ejemplo, en una amplia participación sobre la base de la publicación de todos los datos científicos que se hayan manejado, a fin de contrastar las fuentes utilizadas; de los análisis, dictámenes, opiniones de expertos, evaluaciones, etc., que se hayan evacuado; de las opciones y alternativas posibles; de la explicación y justificación de la elección; etc.⁹⁷ Transparencia no significa sólo conocer lo que la Administración decide, sino también los motivos y las pruebas que acreditan la decisión misma. La transparencia, la participación, la motivación, etc., garantizan que la decisión, aunque sea de carácter científico y técnico, resulte pública y comprensible, y, en consecuencia, controlable⁹⁸.

c) LAS ESTRATEGIAS REGULATORIAS DE LAS LEYES ADMINISTRATIVAS TRADICIONALES (PROGRAMACIÓN CONDICIONAL) Y DE OTRAS LEYES ADMINISTRATIVAS CONTEMPORÁNEAS (PROGRAMACIÓN FINALISTA)

Aquí, más que de un modelo en sí, hablamos de las relaciones fundamentales entre *programación legal* y *procedimiento administrativo* que pueden darse, de forma combinada, en viejas y nuevas formas de regulación y gobernanza.

– Las leyes con una densa *programación material* consistente en órdenes, mandatos y prohibiciones reclaman procedimientos puramente «aplicativos» (para el otorgamiento de autorizaciones regladas, la imposición de sanciones, etc.). En este esquema, la programación legal o regulación jurídica, de un lado, y su aplicación, de otro, constituyen dos fases netamente diferenciadas en el espacio y en el tiempo. El caso más característico lo constituye la actividad administrativa de policía (actividad de limitación de derechos; orden y seguridad públi-

97. Vid. M. SHAPIRO, «The Globalization of Law», 1 Ind. J. Global Legal Stud. 37, 1993, p. 48.

98. *Ibidem*.

cos). El procedimiento posee un carácter accesorio, adjetivo o instrumental, como garantía de acierto y tutela individual, en la búsqueda e identificación de lo que la ley haya preestablecido para el caso sometido a consideración. A través del procedimiento se acude a la ley para encontrar la solución en ella prevista.

– Las leyes *sin programación material*, por el contrario, requieren procedimientos de carácter «creativo» (por ejemplo, para la elaboración del planeamiento urbanístico). El procedimiento no se concibe al servicio de un programa material, que no existe, sino como sistema para la resolución de conflictos o la búsqueda de soluciones. La ley establece la estructura del procedimiento y los parámetros básicos a los que ha de sujetarse la acción administrativa. Aquí el proceso bifásico (creación-aplicación) se difumina, ya que no se trata de aplicar lo que la ley haya dispuesto, sino de adoptar la mejor medida *a través del* procedimiento. Cuando se inicia el procedimiento no es posible aventurar el resultado final.

En este esquema, la ley tiende a apostar, entre otras, por una estrategia de cooperación entre el sector público y privado. Un buen ejemplo lo ofrece el Derecho medioambiental de matriz europea (evaluación estratégica ambiental, evaluación de impacto ambiental, etc.) o el propio Derecho urbanístico. La determinación del interés general reclama la cooperación entre el sector público y el privado, que puede alcanzarse por múltiples vías: nuevas formas de participación y de diálogo; de ponderación, motivación y publicidad; de asignación de nuevas funciones al sector privado; intercambio de información; etc.

En ocasiones, el procedimiento se configura de un modo abierto y estable al que no se pone fin mediante la resolución definitiva. Es el caso, por ejemplo, de las autorizaciones provisionales, o temporales; o también de la evaluación estratégica ambiental, sujeta a permanente supervisión para detectar la aparición sobrevenida de efectos indeseados o imprevistos (en cuyo caso será necesario modificar el plan o programa en su día aprobados)⁹⁹. Estas decisiones se asemejan más a una imagen en movimiento que a una foto fija.

99. Sobre el tema, me remito al capítulo quinto de la presente obra colectiva.

d) EL EJEMPLO DE LA GOBERNANZA ADMINISTRATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

El denominador común de las *nuevas* formas de dirección y gobierno, a las que se reserva el término «gobernanza», reside en una más intensa *cooperación* (público-privada; e interadministrativa), que se extiende tanto a la formulación de las políticas públicas como a su desarrollo y aplicación. Los nuevos modos de gobernanza en la Unión Europea tienen por objeto la creación de formas más efectivas de participación; la coordinación de múltiples niveles de gobierno; la salvaguarda de la diversidad y la descentralización; el debate público permanente; una mayor flexibilidad y supervisión de los procesos decisorios; la experimentación y la generación de conocimiento¹⁰⁰.

La gobernanza en Europa no sólo cuenta con una estructura multinivel y en red, como de ordinario se subraya, sino también con nuevos y complejos canales –léase, procedimientos en sentido amplio– de elaboración de normas, estándares, criterios, instrumentos de Derecho blando, etc. En el plano administrativo, tanto los objetivos (pleno empleo, inclusión social, mejora del estado del agua, mejor protección medioambiental, etc.), como las medidas o medios a su servicio se fijan entre las instituciones europeas y los Estados miembros (a través de la comitología; las agencias europeas; el método abierto de coordinación; etc.)¹⁰¹. Por contraste con el método tradicional, en el que el *principal* (el parlamento) establece las reglas que ha de cumplir el *agente* (la Administración), aquí todos los actores intervinientes requieren de los demás, puesto que ninguno puede saber por sí solo cuál es el objetivo a perseguir con una claridad suficiente como para dar instrucciones precisas, ni

100. Cfr. JOANNE SCOTT & DAVID M. TRUBEK, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, 8 EUR. L. REV. 1, 18 (2002). Estos nuevos modelos hacen mucho más complejo el doble principio de separación y la cooperación sobre el que se ha asentado la Administración del espacio comunitario, y al que se refiere E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit. (nota 8), pp. 388 y ss.

101. Para una primera introducción general, vid. ALEXANDRA GATTO, «Governance in the European Union: a Legal Perspective», 12 Colum. J. Eur. L. 487, 2006.

evaluar con fiabilidad cuándo una medida es susceptible de alcanzar eficazmente el fin de que se trate. En ese contexto, los niveles administrativos inferiores, en función de la política o sector de que se trate y del procedimiento elegido, pueden proponer objetivos y medios. A cambio de esa autonomía, el sistema establece otros mecanismos compensatorios, como la obligación de informar regularmente sobre las experiencias obtenidas y sobre el estado de la cuestión en cada momento; el deber de someterse a un sistema de evaluación por pares («peer review») en el que se contrastan los resultados obtenidos por otros actores a través de medios distintos; etc.¹⁰²

El ejemplo de la gobernanza administrativa en la Unión Europea pone de manifiesto, entre otras cosas, la necesidad de expresar a través de formas nuevas la transparencia, el control, la participación y la eficacia, sin perjuicio de la flexibilidad e informalidad, en los procedimientos del sistema de comitología¹⁰³; en los procedimientos que se

102. C.F. SABEL & J. ZEITLIN, «Learning from Difference», cit. (nota 70), pp. 3, 37 y ss.

103. Decisión del Consejo (1999/468/EC), de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las potestades de ejecución atribuidas a la Comisión. Modificada por la Decisión 2006/512/EC.

Procedimientos del sistema de comitología, a través de los que se ejerce el poder discrecional que a la Comisión se le atribuye en cada caso para el desarrollo normativo y la aplicación del Derecho Comunitario a nivel de las instituciones europeas, y en los que se incorporan expertos y científicos, representantes de los Estados miembros, y grupos de intereses sociales y económicos. La regulación a través de comités constituye una alternativa a la regulación centralizada por medio de agencias, o al sistema del reconocimiento mutuo. Representa un ejemplo de procedimiento que tiene por objeto la concreción, desarrollo y aplicación de los actos jurídicos comunitarios (el desarrollo normativo incluye medidas «ejecutivas» de carácter «cuasi legislativo»). Por ejemplo, las medidas que añaden detalles a la información que debe incluirse en los folletos pueden considerarse medidas «cuasi legislativas»).

Obedece a la necesidad de delegar en la Comisión el desarrollo de los aspectos no esenciales y más técnicos de la legislación, así como su rápida adaptación para tener en cuenta el progreso tecnológico y los cambios económicos. *Cfr.* Informe del Parlamento Europeo, de 15 de setiembre de 2008 (PE 406.105v02-00 - A6-0345/2008) con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la adaptación de los actos jurídicos a la nueva decisión sobre comitología, considerando A.

El comité asiste, controla y condiciona el ejercicio de las potestades de la Comisión.

Para una introducción general, *vid.* ALEXANDRA GATTO, «Governance in the European Union: a Legal Perspective», cit. (nota 101), p. 501.

siguen en el seno de las agencias¹⁰⁴; o en los procedimientos desplegados en el marco del método abierto de cooperación¹⁰⁵.

– La participación de los expertos en los *comités*, por ejemplo, requerirá formas específicas de transparencia. Así, para asegurar el proceso de debate y discusión, deberá hacerse público el método y la forma en que se selecciona y recaba

104. C.F. SABEL & J. ZEITLIN, «Learning from Difference», cit. (nota 70), pp. 17 y ss., 26, 37, etc.

Piénsese, por ejemplo, en la Agencia Europea de Medicamentos (EMA). La seguridad de los medicamentos es controlada constantemente por la Agencia a través de una red de farmacovigilancia. La EMA adopta las medidas oportunas cuando los informes sobre efectos adversos del medicamento indican cambios en el equilibrio beneficio/riesgo de un medicamento. La Agencia pone en común los recursos científicos de más de 40 autoridades nacionales competentes en los 30 países que integran la UE, el EEE y la EFTA, en una red formada por más de 4.000 expertos europeos. La EMA contribuye a las actividades internacionales de la Unión Europea mediante su trabajo con la Farmacopea Europea, la Organización Mundial de la Salud, y las Conferencias Internacionales de Harmonización (ICH y VICH) entre la UE, Japón y Estados Unidos, entre otras organizaciones e iniciativas de carácter internacional (*vid.* http://europa.eu/agencies/community_agencies/ema/index_es.htm). *Cfr.* los procedimientos centralizados de los arts. 30 y ss. del Reglamento (CE) n° 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamento.

105. El método abierto de coordinación encarna uno de los sistemas de gobernanza administrativa característicos de la Unión Europea y tiene por objeto la difusión de las buenas prácticas entre los Estados miembros. Constituye «un medio de fomentar la cooperación, intercambiar buenas prácticas y acordar objetivos y orientaciones comunes para los Estados miembros, a veces con el apoyo de planes de acción nacionales, como ya ha ocurrido con el empleo y la exclusión social. Se basa en una evaluación sistemática de los progresos realizados en la materialización de tales objetivos, lo que permite a los Estados miembros establecer una comparación entre sus respectivos esfuerzos y aprender de la experiencia ajena» (*Cfr. La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco*, Bruselas, 25.7.200, COM 2001 428 final, p. 24).

Sobre la premisa de un permanente proceso de aprendizaje mutuo, se coordinan a nivel europeo determinadas políticas europeas (por ejemplo, la Estrategia Europea del Empleo). *Vid.* DAVID M. TRUBEK & JAMES S. MOSHER, «New Governance, Employment Policy, and the European Social Model», en: *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments* 33, 38-41 (JONATHAN ZEITLIN & DAVID M. TRUBEK eds., 2003).

El procedimiento varía en función de cada sector (estructura, periodicidad de los instrumentos, obligaciones, etc.). Como ejemplo de ese necesario ajuste del procedimiento al servicio del modelo, pueden citarse, primero, la elaboración de guías y recomendaciones no vinculantes mediante la participación del público, los grupos de intereses y los Estados miembros, de un lado, y, de otro, el recurso a un procedimiento estable y recurrente en el que se revise sistemática y periódicamente el plan al objeto de incorporar los nuevos datos y conocimientos adquiridos. DAVID M. TRUBEK y LOUISE G. TRUBEK, «New Governance & Legal Regulation», cit. (nota 70), p. 551.

la opinión de los expertos; el modo en que se evalúa su contribución; etc. Igual publicidad habrá de darse a la lista de los expertos participantes¹⁰⁶.

– El *método abierto de cooperación* ha incorporado una mayor transparencia y participación de todos los actores, públicos y privados, en el diseño, aplicación y control de las políticas públicas en las que se utiliza (protección social, empleo, etc.)¹⁰⁷.

e) OTROS SUPUESTOS

Los ejemplos de refracción del procedimiento en función de los modelos y estrategias regulatorias podrían multiplicarse:

– El procedimiento como instrumento de cooperación y trabajo en común en el plano nacional y europeo en el ámbito de la prestación de servicios¹⁰⁸ se inserta en el sistema de gobernanza transnacional.

– El procedimiento como «infraestructura legal» del gobierno electrónico¹⁰⁹. Como tal, el procedimiento electrónico puede servir a modelos distintos. De ordinario, se asocia, sin embargo, a una nueva concepción de la Administración en lo que a la prestación de servicios administrativos se refiere¹¹⁰.

– El procedimiento de elaboración de instrumentos de Derecho blando¹¹¹. Su configuración dependerá de su inserción en una estrategia regulatoria u otra (método abierto de cooperación, en el seno de la Unión Europea¹¹²; cooperación público-privado en la fase de aplicación de una determinada política pública; etc.).

106. *Vid.* C.F. SABEL & J. ZEITLIN, «Learning from Difference», cit. (nota 70), pp. 46 y ss.

107. En los primeros años fue un método opaco y tecnocrático. *Ibidem*, pp. 49 y ss.

108. Por ejemplo, Directiva 2006/123/EC del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, de prestación de servicios: artículos 6, 7.3, 7.4, 8, 34.1 (procedimientos para la prestación de servicios en el mercado interno).

109. Véase, por ejemplo, el capítulo quinto de la presente obra, III.2.

110. *Ibidem*.

111. Para el caso norteamericano, *vid.* el capítulo de P. L. STRAUSS en la presente obra («Cuestiones contemporáneas»), III.

112. *Vid.* sobre este tema G. DE BURCA, «The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union», *European Law Review* 28, 814.

– Reglas y principios de procedimiento (que no necesariamente «trámites» procedimentales) para garantizar la imparcialidad e independencia, la transparencia, la integridad o la solvencia técnica en la autorregulación privada (calidad y seguridad industrial, auditoría ecológica, etc.)¹¹³. Lo mismo cabe decir respecto de los sectores regulados (energía, telecomunicaciones, correos, etc.) y la transposición de criterios de calidad, transparencia y control, etc., en normas de procedimiento que disciplinen las relaciones entre las empresas prestadoras, los usuarios y la Administración garante¹¹⁴. El procedimiento, en estos escenarios, ha de ser construido a la luz de los nuevos métodos de dirección que derivan de la privatización, liberalización y externalización de actividades mediante la contratación. El análisis de los instrumentos (en nuestro caso, del procedimiento) desde ese ángulo arroja sentido, tanto a su comprensión teórica, como a su ponderada regulación (interacción y complementariedad entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado; la modalidad de Administración como garante de la prestación; normas de procedimiento privado; etc.)¹¹⁵.

113. Para una visión panorámica del ordenamiento jurídico español, *vid.* M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Cívitas, 2008, pp. 161 y ss. No se trata, a nuestro juicio, de trasladar miméticamente las reglas del procedimiento administrativo al procedimiento privado: *vid.* J. BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo», *cit.* (nota 2), pp. 311 y ss. y, en particular, el acertado planteamiento de E. SCHMIDT-ASSMANN en «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo», en J. Barnes, *Innovación y reforma*, *cit.* (nota 2), pp. 96 y ss. («De un Derecho Administrativo de la prestación a un Derecho Administrativo de la garantía de la prestación»).

114. *Vid.* nota anterior, en particular M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo*, *cit.* (nota 113), pp. 189 y ss.

115. La autorregulación puede determinar medidas de «gobierno en la distancia», como las que se basan en la regulación a través de la información (por ejemplo, información y publicidad de las emisiones que realiza cada empresa a la atmósfera).

5. RECAPITULACIÓN. EL EJEMPLO DE LA PARTICIPACIÓN

Como se ha notado, al procedimiento administrativo compete una pluralidad de funciones relacionadas, entre otras, con la producción normativa en sus más variadas especies; la elaboración de instrumentos de «soft law»; la dirección de la acción administrativa transnacional; los principios de la acción administrativa sujeta al Derecho Privado; la aplicación continuada, revisable y flexible de los objetivos marcados; etc.

La caracterización del procedimiento vendrá determinada no sólo por los objetivos y fines, abstractamente considerados (la elaboración de una norma reglamentaria, por ejemplo, para mejorar la protección de la atmósfera), sino también por la estrategia regulatoria en la que éste se inscriba (un reglamento elaborado por la Administración y sus expertos, con un trámite de participación formal, casi bilateral y contradictorio; o, por el contrario, un reglamento pactado y negociado: en uno y otro caso el procedimiento habrá de configurarse de modo bien distinto). En este último supuesto, el procedimiento, aun al servicio de idéntica finalidad medioambiental que en el primero (la protección de la atmósfera), no podrá configurarse como si de un proceso judicial se tratara y habrá de incorporar mecanismos de intensa participación y negociación informal¹¹⁶.

El modelo y estrategia regulatoria constituye, pues, un factor determinante en el diseño general del procedimiento y de las piezas de que se compone. Piénsese, a título de ejemplo, en uno de sus elementos, la participación y la transparencia. La participación en los procedimientos de elaboración de normas y disposiciones representa un elemento central del Derecho Administrativo, como mecanismo de control de legitimación democrática de la Administración. La cuestión, sin embargo, no se resuelve con postular si más «mayor participación» o un «modelo único» de participación o transparencia. Es necesario determinar con precisión su grado y expresión en cada procedimiento.

116. Véase, por ejemplo, RICHARD B. STEWART, «A New Generation of Environmental Regulation?», cit. (nota 83), p. 61.

De entrada, los modos de participación resultan bien diferentes en función del método básico sobre el que se asiente, sea éste de *representación de intereses* (sociales, económicos, etc.), o de *representación de expertos* (científicos, técnicos, etc.). La participación en uno y otro caso pretende *disciplinar* y *condicionar* el ejercicio de las potestades discrecionales atribuidas a la Administración, señaladamente en la elaboración de reglamentos. No se trata, por lo demás, de modelos contradictorios o alternativos. En el primero, se garantiza la ponderación de todos los intereses materiales y sectoriales en juego, según la materia de que se trate (de la industria, de los consumidores, grupos u organizaciones medioambientales, etc.)¹¹⁷. A tal fin será necesario establecer, por ejemplo:

- La «legitimación para comparecer» en el procedimiento o, en terminología menos procesalista, los sujetos llamados a participar: grupos de representación de intereses, opinión pública, Administraciones implicadas; etc.
- Las fórmulas para asegurar la participación desde una fase inicial del proyecto de plan, programa, norma o política pública: anuncio y publicidad con antelación suficiente; plazos; canales de participación; etc.
- La financiación o apoyo de la participación de los intereses infrarrepresentados¹¹⁸.

117. Aunque excede en mucho del propósito de estas líneas, baste notar que, a su vez, son muchos los sistemas de representación de intereses. Para una introducción al debate del tema en EE.UU., véanse los trabajos de RICHARD B. STEWART, «The Reformation of American Administrative Law», *Harvard Law Review*, June, 1975; «Administrative Law in the Twenty-First Century», cit. (nota 77).

Es un sistema utilizado ampliamente en la regulación de la economía y de la industria. Se extiende, sin embargo, a otros ámbitos. La representación de intereses preside, por ejemplo, el modelo de autonomía universitaria en España, articulada sobre un gobierno asambleario con representación de intereses estamentales (profesorado, estudiantes, personal de administración y servicios), y donde el diseño legal de la participación pretende asegurar que las decisiones administrativas se ponderen desde tal perspectiva. Ha de notarse, por lo demás, que la participación de la «representación de intereses» no es sinónimo de democracia. *Vid.* R. B. STEWART, «Administrative Law in the Twenty-First», cit. (nota 77), p. 437.

118. Si las ciencias auxiliares del Derecho Administrativo han podido acreditar que una participación amplia beneficia a los grupos organizados (grandes consorcios, multinacionales, etc.), será necesario diseñar una participación que garantice la representatividad de todos, también la de los grupos más débiles. *Vid. supra* nota 9.

- Los mecanismos de control para salvaguardar la participación (supervisión de otras Administraciones; control judicial; etc.) y la imparcialidad en la toma de decisiones (para evitar que el regulado controle al regulador se pueden establecer, por ejemplo, procesos transparentes; la participación de terceros, como sindicatos o competidores, para velar por la pureza del procedimiento y su aplicación; etc.).
- Las reglas o criterios para el tratamiento de la información obtenida: sistematización de las alegaciones y propuestas fundamentales; ponderación transparente y motivada; eventual apertura de segundas rondas; etc.
- Las consecuencias para el proceso decisorio: si la Administración ha de resolver o no con base exclusivamente en la información obtenida y debatida en el curso del procedimiento, por ejemplo.
- La participación en la fase de aplicación y ejecución: supervisión y vigilancia; consenso en el desarrollo de los criterios establecidos; etc.

El esquema de representación de expertos, por su parte, pone el acento en la participación de la comunidad científica (por ejemplo, en materia de seguridad alimentaria)¹¹⁹ y estructura el proceso decisorio a imagen del proceso investigador¹²⁰. No significa ello, sin embargo, que la participación se circunscriba a los expertos de la Administración, aunque sí pretende que el proceso decisorio se ajuste y se asemeje al proceso de investigación científica¹²¹. El diseño de la participación tiene aquí igualmente efectos multiplicadores¹²².

Este sencillo recorrido ejemplificador pone de relieve, además, que la reforma está en los detalles y que el diseño y teorización, aquí de la participación,

119. Véase, por ejemplo, el Reglamento (CE) n° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, arts. 29 y ss.

120. *Supra* III.4.b.

121. *Ibidem*.

122. Por ejemplo, la exclusión de la industria farmacéutica y sus expertos en la aprobación de un medicamento, a fin de asegurar una decisión ajena a toda forma de presión comercial, condiciona, desde luego, la decisión que finalmente pueda adoptarse.

requiere del diálogo intenso con las restantes ciencias sociales para obrar con datos y perspectivas que ilustren las opciones legales y sus consecuencias¹²³.

6. EL MÉTODO DE REGULACIÓN Y GOBERNANZA COMO MARCO CONCEPTUAL PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO. FUNCIÓN DESCRIPTIVA Y PRESCRIPTIVA DE LAS ESTRATEGIAS Y MÉTODOS DE REGULACIÓN, DIRECCIÓN Y GOBIERNO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

a) PROCEDIMIENTO COMO CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD (VERTIENTE NEGATIVA O DEFENSIVA) Y PROCEDIMIENTO COMO DIRECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD (DIMENSIÓN POSITIVA)

Durante dos siglos el método del «command and control» ha reinado en régimen de monopolio. En apenas dos décadas, sin embargo, se ha visto forzado a convivir con una pluralidad de modelos, la mayor parte de ellos híbridos –con vasos comunicantes–, y complementarios. En ese largo período, el procedimiento «*aplicativo*», el modelo «*procesal*» y el procedimiento tipo para el dictado de *actos administrativos*¹²⁴ han acaparado todo el protagonismo en la *legislación* y en la *teoría general del procedimiento*. Los nuevos procedimientos, sin embargo, no encajan en esos moldes y no deben ser construidos, por mimetismo o contaminación, desde esos presupuestos.

El procedimiento administrativo clásico ha mostrado un abierto carácter defensivo o negativo frente a los eventuales abusos de poder y la arbitrariedad: las decisiones de la Administración deben ser impar-

123. El moderno e intenso debate norteamericano entre el Derecho Administrativo y las ciencias sociales y políticas constituye un ejemplo elocuente de esta fértil metodología. Véanse, a mero título de ejemplo, las aportaciones iniciales realizadas, desde la ciencia política positiva citadas en nota 9. Otro ejemplo lo representa el movimiento de reforma del Derecho Administrativo en Alemania con la ayuda y auxilio de la ciencia de la dirección y su preocupación por la consecución eficaz de los resultados pretendidos. Véase, en tal sentido, la nota 9.

124. CUADRO 1.

ciales; emanar del órgano competente; con plena observancia de los derechos de los sujetos privados; etc. En tiempos más recientes, el procedimiento ha venido asumiendo, como el Derecho administrativo en su conjunto, funciones positivas: la discrecionalidad ha de ejercerse de un modo razonable, motivado y atento a las complejas circunstancias económicas y sociales; con una equilibrada ponderación de todos los intereses generales en juego y los intereses de los afectados, sean éstos los beneficiarios de la medida o los que resulten perjudicados o sujetos a control y sanciones¹²⁵; etc. No basta el aprobado (*control* de la discrecionalidad), por relevante que éste sea, sino que es necesario aspirar a la excelencia (*dirección* de la discrecionalidad). Aquí, el procedimiento constituye una institución de primera magnitud.

b) LA NATURALEZA ADMINISTRATIVA DEL PROCEDIMIENTO

En otras palabras: el procedimiento *en el contexto de las nuevas formas de gobernanza* no se asemeja a un «proceso judicial» (acto singular), como tampoco a un «procedimiento legislativo» (reglamento ejecutivo tradicional)¹²⁶. El procedimiento contemporáneo busca su propia identidad y se transforma en un *circuito único*, sin solución de continuidad. El procedimiento, en consecuencia, se abre a fases preliminares¹²⁷ y se extiende –a lo largo de la vida de la decisión o actuación– a sus efectos y consecuencias¹²⁸. La nueva legislación de procedimiento ha de adquirir una marcada orientación «administrativa» (que no es judicial, ni legislativa), capaz de reflejar las singularidades

125. Sobre el tema, *vid.* RICHARD B. STEWART, «Administrative Law in the Twenty-First Century», *cit.* (nota 77), p. 437.

126. El primero sólo sirve como sistema de aplicación; el segundo sólo cubre la creación.

127. Negociaciones previas; transparencia, participación y debate sobre la fijación de las prioridades de la política pública; conocimiento anticipado del borrador o proyecto; etc.

128. Se preocupa por la consecución de los objetivos e incluye a tal propósito mecanismos de control y supervisión; de modificación y revisión; etc. Por ejemplo, el sistema de farmacovigilancia diseñado por el reglamento citado en nota 104, en particular arts. 21 y ss.

administrativas de los nuevos modos de gobernanza, e incluir, en consecuencia, más allá del acto y del reglamento tradicionales, el *ciclo completo* de las políticas públicas. Los nuevos métodos de regulación han determinado la obsolescencia de la tradicional separación entre producción normativa y proceso aplicativo.

Parece claro, a resultas de cuanto antecede, que la reforma de la legislación de procedimiento administrativo, y la modernización de su comprensión teórica, no pasan necesariamente por una vana pretensión codificadora o por una mera adición de nuevos contenidos, ni, menos aún, por una simplista extensión del ámbito subjetivo de la legislación *tradicional* a los fenómenos de colaboración público-privada y de autorregulación; o a la acción administrativa sujeta al Derecho Privado; etc.¹²⁹ Es preciso, por el contrario, diseñar criterios o principios de procedimiento adaptados a esos escenarios e incluir procedimientos cualitativamente distintos, o acciones administrativas características, que sean representativos de la realidad, y «poner en contexto» esos nuevos procedimientos dentro del esquema de las nuevas arquitecturas regulatorias en cuya órbita se encuentren.

c) LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN TORNO A LOS MODELOS Y MÉTODOS DE DIRECCIÓN, GOBERNANZA Y REGULACIÓN. LOS MODELOS DE REGULACIÓN COMO PUENTE ENTRE LA PARTE GENERAL Y LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cabría plantearse, en fin, si los modelos de dirección, regulación y gobernanza son susceptibles de cumplir alguna función ordenadora en la sistematización del Derecho Administrativo en su conjunto¹³⁰. Y, más en concreto, en qué medida la perspectiva de los modelos podría

129. Sobre este último extremo, me remito al capítulo primero, en particular II.2. Asimismo, J. BARNES, «Sobre el procedimiento administrativo», cit. (nota 2), pp. 311 y ss.

130. *Vid. infra* III.1 y 2.

ocupar una *posición intermedia* o de *punte* entre la abstracción de la parte general de la disciplina y la multiforme diversidad de la parte especial. Ello es algo que no puede ser ahora siquiera esbozado y su resolución ha de remitirse a estudios posteriores.

Cabe, sin embargo, apuntar algunos de los elementos que podrían enmarcar la cuestión suscitada:

- En primer término, es preciso recordar que:
 - La sistematización de la ciencia del Derecho Administrativo se halla al servicio de un mejor resultado práctico. No es un mero ejercicio lógico. La razón última de la abstracción jurídica radica en la resolución de problemas.
 - La teoría general del procedimiento administrativo, como la teoría general del entero Derecho Administrativo, se nutre de la Constitución (y, en otro plano, de otros referentes normativos, como el Derecho europeo, por ejemplo) y de los sectores especiales.
 - En ese sentido, la comprensión teórica del procedimiento y su configuración legal han de ser incesantemente actualizadas y modernizadas, como cualquier otra institución, a resultas de la acción sobre cualesquiera de esos frentes (normas fundamentales o constitucionales, y sectores especiales). La reforma constitucional o la proliferación de nuevas formas de entender y de regular el procedimiento administrativo, por ejemplo, exigen una permanente labor de reflexión y trabajo en los talleres de la parte general. Lo mismo cabe decir de las restantes instituciones o piezas de la teoría general.
 - El rendimiento y prestación de la parte general se mide por su capacidad de adaptación a los cambios. La posibilidad de trasvasar experiencias de un sector especial a otro constituye también una de las tareas de una moderna teoría general.
 - La teoría general no pretende erigirse en canon de las instituciones tradicionales, sino más bien en una función y en un lugar de análisis y estudio constante¹³¹.

131. Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit. (nota 8), p. 3.

– En segundo término, podría admitirse un «nivel intermedio» de reflexión y de sistematización que sirva para tender un puente entre figuras abstractas, en ocasiones excesivamente descriptivas o inespecíficas por su alto grado de generalización, de un lado, y la heterogénea realidad de los sectores especiales, de otro. La teoría general corre el riesgo de perder sus contornos, en beneficio de la abstracción y la búsqueda de un denominador común (del acto, del procedimiento, del contrato, etc.). La parte especial, por su parte, deviene casuística, cambiante y falta de perspectiva, y, por sí sola, carece del valor explicativo y prescriptivo que la primera le ofrece.

- El nivel intermedio establece un puente entre una macro-visión y una micro-visión, esto es, un *equilibrio* entre teoría general y parte especial. Complementa la clásica dicotomía entre ambas esferas.
- La cuestión estriba entonces en determinar *qué* introducir en ese nivel intermedio. A nuestro juicio, no se trata de colocar un sector del ordenamiento que sirva de ensayo, experimentación o trasvase (medio ambiente, por ejemplo) o instrumentos particularmente modernos (autorizaciones complejas, por ejemplo)¹³², sino, en la hipótesis que se formula, los modelos de regulación, dirección y gobernanza.

– Los modelos, clásicos y modernos, de dirección, regulación y gobernanza poseen, a nuestro juicio, a los efectos de la sistematización del Derecho Administrativo, indudables ventajas:

- En primer lugar, resultan útiles para sistematizar una vasta y heterogénea realidad en torno a una pluralidad de ejes que dan luz y sentido al conjunto de objetivos, medios y técnicas al servicio de la dirección de cada sector o mercado. Cada sistema ordena y ofrece un modelo explicativo (valor descriptivo o explicativo).
- Expresan, en segundo término, una opción fundamental que al legislador incumbe asumir por sus efectos multiplicadores, y por la obligada protección de los principios constitucionales a los nuevos escenarios (valor prescriptivo).

132. Tal es la posición de R. WAHL, «Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht», en la obra colectiva W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. Folke Schupert, *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, pp. 212-216. También en un sentido distinto al que aquí se postula, E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit. (nota 8), p. 14.

- Permiten, en fin, el planteamiento y debate de cuestiones básicas: *si* regular y *cómo* hacerlo, con frecuencia desatendidas en la tradición del Derecho administrativo europeo-continental.

- Los métodos de dirección, regulación y gobernanza pueden situarse, por hipótesis, en ese nivel intermedio y hacer de punto de encuentro entre lo excesivamente abstracto y lo excesivamente concreto y puntual¹³³. El nivel intermedio puede ser considerado como el marco de reflexión en el que se trabajan instituciones que una vez estudiadas pueden subir o bajar, incorporarse a la parte general o trasvasarse a otro sector especial.

- Los métodos de dirección, regulación y gobernanza ponen el acento en la dimensión *funcional* de los instrumentos o instituciones del derecho Administrativo (acto, procedimiento, contrato, organización, etc.). Subrayan la tarea o responsabilidad encomendada a la Administración en cada tiempo y lugar.

- Es en ese contexto, con pleno sentido, donde se puede entender la posición relativa y peso específico de cada instrumento o institución dentro de cada método. Es en el seno del modelo básico de que se trate y de sus cambiantes y multiformes variantes, donde cada institución puede hallar su pleno sentido funcional, que no posee en su abstracción la parte general¹³⁴.

133. Llevar, por ejemplo, a la parte general tantas clases de autorizaciones, con efectos constitutivos, declarativos, de legalización, vinculantes, etc., podría resultar productivo e interesante, pero al mismo tiempo demasiado específico.

134. Por ejemplo, esa rara especie de autorización que no se siente a gusto al abrigo de la teoría general del acto administrativo, ni tampoco quiere pasar oculta en un sector muy alejado, pues se siente con vocación de extenderse a otros campos.

CUADRO 1
 CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
 TRADICIONAL Y DÉFICITS QUE PRESENTA *

NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO TRADICIONAL	DÉFICITS DE LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL. ALGUNOS EJEMPLOS
<p>El <i>ámbito subjetivo</i> de la legislación se circunscribe a las Administraciones públicas y a las Entidades de Derecho Público «cuando ejerzan potestades administrativas» (art. 2.2).</p>	<p>La legislación de procedimiento no contempla, por ejemplo, la acción administrativa sujeta al Derecho Privado.</p>
<p>El procedimiento administrativo constituye un <i>proceso decisorio</i>.</p> <p>El procedimiento tiene por objeto la adopción de decisiones (que habrán de desembocar en actos, contratos o normas).</p> <p>En otras palabras, el procedimiento clásico nace ligado a supuestos y situaciones específicas a las que pretende dar respuesta.</p>	<p>Por tanto, quedan fuera de su consideración, por ejemplo, aquellos procedimientos que no están diseñados, al menos de modo directo, para concluir en la adopción de una concreta decisión, puesto que su objeto consiste más bien en la obtención y tratamiento de la información (ejemplos: procedimientos de control de subvenciones; procedimientos de elaboración de la cartografía medioambiental; etc.).</p> <p>Tampoco caen dentro de la definición del procedimiento como proceso decisorio las actividades y prestaciones materiales que lleva a cabo la Administración (asistencia social, mediación, etc.).</p>
<p>Es un <i>proceso formal</i>.</p> <p>La ley regula la actividad administrativa que se sujeta a un procedimiento formalizado cuyo objeto final es, igualmente, una decisión formal (acto, contrato, reglamento).</p>	<p>Ello excluye, por ejemplo, la acción administrativa no formalizada (negociaciones previas y tratos preliminares, consultas, asesoramiento, etc.); la elaboración de los instrumentos de carácter no vinculante (mecanismos de Derecho indicativo o «soft law»: recomendaciones, interpretaciones, guías, etc.).</p>

* Se toma como ejemplo la Ley española de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)

<p>El <i>producto</i> característico de la legislación de procedimiento es el acto administrativo singular (en particular, de gravamen).</p>	<p>El reglamento, por ejemplo, ocupa un lugar muy secundario (salvo excepciones, como en la LPA norteamericana).</p>
<p>El procedimiento constituye un instrumento para la correcta <i>aplicación</i> del Derecho material. El procedimiento administrativo posee una función secundaria respecto del Derecho sustantivo. Si la resolución final es conforme con la legalidad, la infracción de procedimiento carece de relevancia en muchos casos.</p>	<p>No tiene en cuenta, por ejemplo, el procedimiento como foro para la <i>creación</i> o búsqueda de la mejor solución no predeterminada por la ley (plan urbanístico; evaluación estratégica ambiental; etc.).</p>
<p>La única actividad de ejecución o de aplicación del Derecho que se recoge es la <i>ejecución forzosa</i>. Se parte de la premisa de que las fases de creación y de aplicación se hallan rígidamente separadas.</p>	<p>No se hace referencia a la búsqueda del consenso o a la cooperación público-privado en la ejecución y desarrollo de la norma; no se regula, ni parece formar parte del procedimiento, la supervisión o control de las decisiones adoptadas (por ejemplo, autorizaciones provisionales; los efectos indeseados o no previstos de una evaluación medioambiental, etc.).</p>
<p>La legislación de procedimiento mira «hacia adentro».</p>	<p>Descuida las relaciones interadministrativas en el plano europeo e internacional.</p>
<p>La <i>comunicación</i> entre la Administración y el ciudadano se encuentra definida en términos muy estrechos. La posición de los interesados y de sus derechos e intereses, amparada por la seguridad jurídica, de un lado, y la de la Administración, defensora en exclusiva de los intereses generales, de otro, están definidas de un modo rígido y distante.</p> <p>En consecuencia, la instrucción del procedimiento se realiza de oficio, con un carácter un tanto paternalista.</p>	<p>No se regula la instrucción practicada por el sujeto privado (como sucede, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente).</p>
<p>Comprensión del <i>principio de separación de poderes</i>, como sinónimo de funciones rivales. Desde la estrecha comprensión tradicional del principio de división de poderes, el ejecutivo (un término que en tantos sistemas jurídicos sirve para designar al Gobierno y a la Administración) se limita a «ejecutar» y a</p>	<p>Las tres funciones son <i>complementarias</i> y aliadas:</p> <p>Las nuevas formas de dirección y gobernanza se alejan de ese reduccionismo y reclaman una comprensión del procedimiento que no responda a una estructura procesal para</p>

<p>«administrar», y, en consecuencia, no formula políticas públicas. Como se trata tan sólo de eso, de aplicar, el procedimiento adquiere una estructura a imagen y semejanza del proceso, bien sea con la rúbrica norteamericana del «due process», de la británica «natural justice» o francesa de los «derechos de defensa».</p>	<p>abarcar el ciclo completo de la política pública.</p>
<p>El procedimiento presenta un carácter <i>negativo</i> o defensivo frente a la arbitrariedad y abuso de poder de la Administración. Por ello, el procedimiento decisorio pretende garantizar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - que las decisiones sean imparciales; - que sean adoptadas por el órgano competente; - que se respeten los derechos de los ciudadanos. <p>El procedimiento opera como un mecanismo de <i>control</i> del poder</p>	<p>El procedimiento administrativo en <i>positivo</i>: como instrumento que garantice un correcto y eficaz ejercicio de la discrecionalidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> - que las decisiones discrecionales sean razonables y eficaces, las mejores posibles; - que se condicionen y enmarquen dentro de una sólida participación y transparencia; - que ponderen todos los bienes, derechos e intereses en presencia. <p>El procedimiento representa un instrumento de <i>dirección</i> del poder.</p>
<p>Los procedimientos son «duros» y rígidos. Se establecen requisitos muy poco flexibles, por ejemplo, sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> - el alcance de la participación y momento en que se produce; - los canales de participación y la forma de intercambio de información; - el modo y la forma en que ha de tomarse la decisión 	<p>Resultan escasos los requisitos procedimentales «blandos» o flexibles. Por ejemplo, conseguir una:</p> <ul style="list-style-type: none"> - comunicación abierta; - participación fluida; - deliberación basada en la búsqueda del consenso.
<p>El procedimiento, inserto en la clásica división entre la <i>creación</i> del Derecho y su <i>aplicación</i>, se concibe esencialmente como un instrumento al servicio de la segunda.</p>	<p>El procedimiento no acompaña el ciclo completo de las políticas públicas.</p> <p>En la legislación tradicional, no se contempla el procedimiento como un mecanismo que se extiende a todas las fases: preparación de la política pública; establecimiento de prioridades; toma de decisiones; desarrollo; aplicación; revisiones y modificación; control; etc.</p>

FUENTE: elaboración propia.

CUADRO 2

MODELO DE ADMINISTRACIÓN QUE SUBYACE A LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL*

MODELO DE ADMINISTRACIÓN DE LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL DE PROCEDIMIENTO	MODELOS O FORMAS DE ADMINISTRACIÓN NO CONSIDERADOS EN LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL. ALGUNOS EJEMPLOS
<p>La Administración característica de la LPA es la propia de la actividad administrativa de policía (orden y seguridad públicas), o, más ampliamente, la de una Administración que actúa con «imperium».</p>	<p>Otras formas y modalidades de Administración son ignoradas: por ejemplo, la Administración que garantiza la prestación en el ámbito de la autorregulación regulada; la Administración que coopera con los sujetos privados; la Administración que trabaja en común con otras Administraciones en el espacio europeo e internacional; la Administración prestacional; la Administración mediadora; etc.</p>
<p>Es una Administración jerárquica, cerrada y piramidal. Está diseñada para transmitir órdenes e información de arriba hacia abajo.</p>	<p>No contempla la Administración en red que coopera horizontal y verticalmente con otras Administraciones; los organismos reguladores de los sectores regulados; etc.</p>
<p>La legislación de procedimiento concibe a la Administración como una organización que dicta resoluciones unilaterales y obligatorias, acompañadas de técnicas coercitivas.</p>	<p>La Administración que informa, la Administración que elabora instrumentos de Derecho blando (recomendaciones, guías, etc.); la Administración que realiza actividades materiales, etc., no tiene espacio en la legislación general de procedimiento.</p>
<p>El flujo de información dentro de la estructura interna de la Administración carece de interés para la Ley. Las técnicas de colaboración que se siguen en los procedimientos que se utilizan en el marco del método tradicional (por ejemplo,</p>	<p>Por ejemplo, la obtención, procesamiento e intercambio de información que requiere la Administración en el marco de la autorregulación regulada, y, más aún, de las Administraciones del espacio comunitario, no son objeto de atención.</p>

* Se toma como ejemplo la Ley española de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

<p>la evacuación de informes de una Administración a otra en los procedimientos de elaboración del planeamiento territorial) resultan pobres e insuficientes en muchos casos.</p>	
<p>La participación de otros órganos u Administraciones en el curso del procedimiento clásico ocupa un lugar secundario. El procedimiento no está concebido como un instrumento de colaboración interadministrativa: se trata de una Administración encerrada en sí misma.</p>	<p>En consecuencia, quedan fuera de la legislación tradicional, por ejemplo, la Administración «compuesta» o conjunto de Administraciones que actúan en conjunto dentro del espacio europeo, y más ampliamente, todos los supuestos en los que la colaboración no se basa en un encuentro puntual y en una relación jerárquica, o no se asienta sobre las premisas de una posición fragmentada o sectorial (por ejemplo, en el caso del gobierno electrónico).</p>
<p>Es una Administración «estado-céntrica», que no opera más allá de las fronteras nacionales.</p>	<p>No contempla a la Administración nacional en su condición de Administración comunitaria, menos aún la acción administrativa internacional.</p>

En síntesis, la legislación tradicional de procedimiento deja fuera procedimientos y formas de Administración de enorme trascendencia. Señaladamente:

- a. La acción administrativa europea e internacional.
- b. La acción administrativa sujeta al Derecho Privado y los fenómenos de privatización del procedimiento.
- c. Las acciones administrativas no formalizadas y los instrumentos no normativos o de carácter no vinculante («soft law»).

FUENTE: elaboración propia.

CUADRO 3
DE LA REGULACIÓN TRADICIONAL A LA GOBERNANZA

	MODELO CLÁSICO DE REGULACIÓN	NUEVAS FORMAS DE DIRECCIÓN Y GOBERNANZA
NATURALEZA DEL DERECHO	<ul style="list-style-type: none"> - Predominio de normas de carácter material o sustantivo. - Derecho emanado desde un único centro. - Derecho imperativo (prohibiciones y mandatos). - Normas abstractas, generales y rígidas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Elevado número de normas de procedimiento. - Derecho emanado de forma descentralizada. - Pluralidad de centros de producción normativa. - Normas flexibles y adaptadas al contexto y a las variables. - Coordinación descentralizada y en red. - Autorregulación (Derecho reflexivo)
ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL	Organización jerárquica, piramidal y formal (estructurada de arriba hacia abajo).	Organización horizontal estructurada en forma de red.
ACTORES FUNDAMENTALES	Estado centralizado, como sujeto protagonista.	<ul style="list-style-type: none"> - Cooperación entre los múltiples niveles de gobierno (local, regional, transnacional, internacional). - Participación de múltiples agentes públicos y privados. - Descentralización y principio de subsidiariedad
PROCESO DE CREACIÓN DEL DERECHO	<ul style="list-style-type: none"> - El Derecho es estático y estable, permanece «petrificado» hasta su derogación. - Regulación es dictar órdenes, mandatos y prohibiciones. 	<ul style="list-style-type: none"> - El Derecho es un proceso abierto, dinámico, y en constante adaptación. - Gobernar es un proceso de aprendizaje y de innovación. - Los nuevos modelos están mejor posicionados para aceptar la incertidumbre y la diversidad, para ensayar y avanzar de forma repetitiva la búsqueda de soluciones eficaces. - El Derecho tiene por objeto promover prácticas que permitan la revisión y la mejora constantes.

MODOS DE ACCIÓN	Canales formales de actuación. Actividad administrativa de policía.	Pluralidad de canales de actuación.
FUNCIÓN DE LOS AGENTES PRIVADOS	- El individuo es objeto de la regulación. - El individuo es un sujeto que puede o no cumplir la norma.	- El individuo participa activamente en la producción normativa. - Ciudadano activo.
COACTIVIDAD DEL DERECHO	Derecho «duro» o imperativo, acompañado de técnicas coercitivas.	- Derecho indicativo o «blando». - Cooperación voluntaria.
USO DEL CONOCIMIENTO Y DE LA INFORMACIÓN	La información que ofrece el ciudadano es selectiva por miedo a incurrir en responsabilidad.	La información es compartida y el flujo permanente.
MARCO PROCEDIMENTAL	El procedimiento tiene carácter defensivo y se centra en el resultado final. El control se produce «ex post».	El procedimiento se centra en el proceso mismo. El control se produce «ex ante».

FUENTE: Orly Lobel, «The Renew Deal: the Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought», 2004 Minnesota Law Review Foundation (89 Minn. L. Rev. 342) y elaboración propia.

