

CAPÍTULO QUINTO

SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:
EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

Javier Barnes

INDICE

I. OBSERVACIÓN PREVIA: EL PROCEDIMIENTO Y LA REFORMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	267
II. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	
1. EL ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO Y EL MODELO PROCESAL	275
2. LOS CARACTERES DEL MODELO PROCESAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN GENERAL	279
3. NUEVOS HORIZONTES EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	283
4. DOS EJEMPLOS SOBRE LA NECESIDAD PRÁCTICA DE REVISAR LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL	286
a) El procedimiento administrativo para la realización de la evaluación estratégica ambiental	287
b) El caso de la ANECA	289
III. LA PLURALIDAD DE ESTRUCTURAS Y FUNCIONES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. EL PROCEDIMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIVISIÓN DE PODERES	295
1. LA TIPOLOGÍA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN EL CONTEXTO DEL LEGISLATIVO, EJECUTIVO Y JUDICIAL	295
2. ¿UN NUEVO PARADIGMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?	298

IV. EL ENTORNO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. FACTORES DE CAMBIO	301
1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	301
a) Sobre la sociedad de la información y del conocimiento como modelo de sociedad y economía	302
b) La sociedad de la información y la función instrumental de las nuevas tecnologías	305
c) La sociedad de la información y el procedimiento administrativo	306
2. LA PRIVATIZACIÓN, LA COOPERACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO	311
a) Privatización y cooperación: del procedimiento administrativo al procedimiento privado	311
b) La cooperación del procedimiento administrativo y del procedimiento privado	316
c) ¿Frenar la «huida» o colaborar con el Derecho privado?	318
3. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA INFORMAL	319
4. LA COOPERACIÓN Y LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU CONVERGENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	321
5. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ADMINISTRATIVAS Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	325
6. SÍNTESIS	331
V. TESIS PARA EL DEBATE	333

I

OBSERVACIÓN PREVIA: EL PROCEDIMIENTO Y LA REFORMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

– LA Ciencia del Derecho Administrativo ha de hacer frente a los retos y revoluciones actuales. El legado recibido no es un cuerpo inerte. Las herramientas tradicionales –sus instituciones clásicas– han de ser adaptadas en función de las necesidades de nuestro tiempo para mantener viva la doble finalidad que al Derecho Administrativo le ha sido encomendada: la tutela del ciudadano frente a la Administración, de un lado, y la eficacia de ésta en la consecución de los objetivos y en la realización de las actividades que le correspondan, de otro¹. Ha de discriminarse, pues, de esa sustancia lo que pertenezca al paradigma histórico.

El Derecho Administrativo se ha concentrado en la función negativa o de defensa; en asegurar la legalidad de la acción administrativa; en promover y fiscalizar la ausencia de vicios formales e infracciones materiales. El sistema construido tiene su eje en el control judicial. Esa dimensión –en principio– nada dice, sin embargo, sobre la «excelencia» de la acción, sobre la eficacia y calidad de los servicios que presta o garantiza, de las actividades que despliega; o sobre el consenso que inspira; etc.; en definitiva, sobre la función positiva². La vida

1. O, si se prefiere, para dar cumplimiento a la función negativa o de control del poder y a la función positiva o de dirección e impulso de la Administración. En igual sentido, y a mero título de ejemplo, puede verse en relación con el Derecho Administrativo norteamericano, R. B. STEWART, «Il Diritto Amministrativo nel XXI secolo», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2004, n. 1, pp. 1 y ss., 3 y ss., 22 y ss.; por lo que hace a la doctrina alemana, baste la remisión a E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, INAP–Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 24 y ss.

de la Administración, antes que por prohibiciones o por mandatos de contenido mínimo, se encuentra jurídicamente condicionada de principio a fin por exigencias de carácter positivo, susceptibles de ser colmadas al alza por encima del «aprobado»: funciones que ha de atender; competencias que ejercer; fines, objetivos o resultados a alcanzar; prestaciones que garantizar; servicios que prestar; etc. Es preciso, pues, distinguir entre la «mera legalidad», entendida como ausencia de vicio o infracción (controlable por los tribunales), y la «corrección» desde otros puntos de vista. La Administración está orientada a un juicio (un quehacer) positivo, a la mejor consecución de las tareas que en cada tiempo y lugar se le asignen. A ello ha de contribuir la moderna ciencia del Derecho Administrativo. El procedimiento, por su parte, ha de actualizar su instrumental para atender ambas funciones en los nuevos escenarios a los que se enfrenta la Administración.

– El procedimiento administrativo ha constituido el cauce natural para la *formación de la voluntad* de la Administración pública. Ha sido concebido como un proceso de toma de decisiones; el procedimiento clásico es en esencia un procedimiento de carácter decisorio: dictado de actos administrativos; aprobación de normas reglamentarias; adjudicación y celebración de contratos. El procedimiento repre-

2. A la *doctrina* del Derecho Administrativo le ha importado, por ejemplo, identificar si una injerencia determinada resultaba desproporcionada en el caso concreto, por exceder de lo necesario para alcanzar el fin perseguido. Quedaba fuera de su consideración lo que desbordaba el perímetro del control judicial y de su tradicional juicio negativo (la desproporción), esto es, el espacio que dista entre el «aprobado» (acción administrativa proporcionada porque cumple los valores mínimos) y la más «alta calificación» (la solución óptima desde la perspectiva de la ponderación en términos de proporcionalidad). Esta función positiva, relegada en otras épocas acaso por su difícil justiciabilidad, ha adquirido en el debate político y académico actual una importancia inusitada, por la confluencia de múltiples factores políticos, económicos y sociales, con independencia de que su construcción no corresponda a los órganos jurisdiccionales. Por mantener el ejemplo, pueden verse los supuestos que se consideran en relación con la proporcionalidad en J. BARNES, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 15 y ss., 28-29, 44 y ss.

senta, pues, un «método». Ello explica que haya sido contemplado tradicionalmente como un mecanismo «formal», una «forma de producción», desconectada, por tanto, del Derecho sustantivo, que es el que determina el contenido material de las relaciones jurídicas entre el ciudadano y la Administración, o de las Administraciones entre sí. El procedimiento opera, así se afirma, como elemento auxiliar al servicio de la aplicación del Derecho. Sin embargo, no ha de minusvalorarse por ello su relevancia, si se tiene en cuenta, primero, que el procedimiento representa una garantía de acierto; un instrumento de tutela individual; y una forma de legitimación democrática; y segundo, que, en contra de lo que ha podido pensarse, guarda una estrecha relación con el contenido material de la ley: cuanto menor sea la capacidad de dirección y de sometimiento de la Administración a la ley sustantiva y, en consecuencia, más débil sea el control judicial sobre el fondo, tanto mayor será el protagonismo del procedimiento.

– La innovación del Derecho Administrativo entraña la superación de comprensiones reduccionistas, el enriquecimiento de su modelo clásico. Ello es lo que sucede, en lo que ahora importa, con el entendimiento tradicional del principio de legalidad o de sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), y en cuya virtud la forma de sujetar y de dirigir la acción administrativa consistiría en predeterminar todos los supuestos imaginables a los que anudar seguidamente una consecuencia jurídica. El principio de legalidad se traduciría así en una suerte de *programación material* de la acción administrativa (a consecuencia de la incorporación en la ley de los concretos comportamientos o respuestas para cada caso) o, si se prefiere, en una programación *condicional* (si concurre la circunstancia prevista, *entonces* se desprenderá el efecto dispuesto)³.

3. Para una introducción al tema, me remito a la «Presentación de la traducción» realizada a la edición española de la obra de E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit., pp. XVII y ss.

Pero el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho no se alcanza exclusivamente a través de leyes materiales, como el modelo teórico heredado del Estado liberal postulara. Cuando la ley no puede anticiparse a la realidad, ni encerrar todo en sus palabras, no ha de abdicar por ello de su función de sometimiento o de dirección de la Administración, como si de una inevitable patología se tratara. Por el contrario, la Ley puede vincular a la Administración mediante *programaciones finalistas* (determinando objetivos generales y fines específicos, garantías de resultado, principios o pautas de actuación, criterios para orientar la discrecionalidad, etc.). La Ley puede diseñar una *organización*, una vestidura específica de la Administración, que condicione estructuralmente su conducta, su *modo de ser*. La Ley puede establecer un *procedimiento administrativo* –una forma de actuar, de tomar decisiones, de crear Derecho, en suma, un *modo de relacionarse*– que influya la vida de la Administración con efectos multiplicadores. Todas estas son también formas de sometimiento de la Administración a la Ley y el Derecho, como pone de manifiesto la doctrina más moderna⁴.

La organización y el procedimiento, entre otras *estructuras reguladoras*⁵, sirven para racionalizar el proceso de toma de decisiones, con mayor razón allí donde no pueda dirigirse a la Administración de acuerdo con el modelo clásico. En ese sentido, organización y procedimiento –valga la imagen– operan como el «código genético» de la Administración, esto es, como elementos condicionantes de su carácter y naturaleza, habitualmente más decisivos aún que las normas que, un tanto superpuestas o sobrevenidas, sean dictadas para su gobierno a lo largo de su existencia. A la Administración, pues, se le

4. Vid. «Presentación de la traducción» en la obra de E. SCHMIDT–ASSMANN, *La Teoría General*, cit., pp. XXIII y s.

5. Véase sobre el sentido de este concepto la segunda parte del capítulo primero del presente libro.

puede sujetar a la Ley y al Derecho no sólo estableciendo normas *materiales* con el objetivo de prever su actividad, sino también «manipulando» o escribiendo las «letras» de su código genético, mediante la programación de una fórmula *organizativa* o de un *procedimiento* apropiados para condicionar estructuralmente su acción de futuro en el sentido deseado por el legislador⁶.

– El objeto de las páginas que siguen se circunscribe al procedimiento. A modo de síntesis de cuanto luego se dirá, podrían avanzarse dos consideraciones:

a) Es la primera que el procedimiento puede servir, bien para resolver *qué* respuesta ha de dar la Administración en el caso concreto⁷, o bien para determinar *cómo* ha de decidir cuando la ley no ha predeterminado un resultado final⁸. El procedimiento, pues, como *mecanismo aplicativo del Derecho* o como *método de búsqueda de soluciones* no diseñadas por la ley⁹. Esta última vertiente, menos cultivada, cuando no ignorada, en la legislación tradicional de procedimiento administrativo, es la que más nos interesa ahora. El procedimiento se ha montado sobre el modelo procesal; tímidamente, se ha abierto paso el modelo normativo para aquellos procedimientos que tienen por objeto la elaboración de reglamentos, planes, etc., aunque de ordinario no le ha restado protagonismo al primero. A ambos modelos parece sucederle, con pretensiones integradoras, el «modelo comunicativo», el procedimiento como espacio de intercambio de información.

6. Desde otra perspectiva, resulta de interés E. SCHMIDT-ASSMANN, «Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien», en D. MERTEN / H.J. PAPIER, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, pp. 993 y ss.

7. Si ha de sancionarse o no una conducta concreta; si procede el otorgamiento de la licencia de apertura; etc.

8. Como en el caso de la aprobación del planeamiento territorial; de la emisión del informe de evaluación ambiental estratégica; o con el establecimiento de los criterios para la obtención de una determinada acreditación; por ejemplo.

9. Por ejemplo: procedimiento para dictar un acto administrativo singular al caso concreto (autorización, concesión, declaración, etc.); o el procedimiento para elaborar una disposición de carácter general o un plan, respectivamente.

b) El procedimiento, entendido en un sentido más amplio y moderno, constituye una pieza básica del Derecho Administrativo. La primera en verse afectada en tiempos de reforma y cambio. Así, y a título de ejemplo, el procedimiento administrativo ocupa un papel central en la literatura alemana sobre la denominada «reforma del Derecho Administrativo» (que no es sino una preocupación sistemática y pluridisciplinar por la innovación de la disciplina científica con base en los colosales cambios legislativos de nuestra época); en la doctrina norteamericana que se ha ocupado del nuevo panorama de la Administración tanto en el plano interno, como en el internacional, en las últimas décadas («Global Administrative Law»); en la doctrina japonesa a partir de su primera y moderna ley de procedimiento de los años noventa; en el debate italiano sobre la europeización y la globalización; etc. y, en general, en todo el mundo occidental. Al fin y al cabo, constituye un símbolo, cuando no la síntesis, de la teoría general del Derecho Administrativo. No en vano se dan cita en sus normas reguladoras –en mayor o menor medida según el ordenamiento jurídico de que se trate; y con independencia de que se hallen o no codificadas en una sola ley– la teoría general del acto administrativo y del órgano; las garantías, derechos y relaciones de los ciudadanos con la Administración; los principios generales del procedimiento y los procedimientos-tipo; los sistemas de elaboración de normas y disposiciones generales; el procedimiento de la contratación administrativa; etc¹⁰. Conceptualmente, y más allá del Derecho positivo, representa una construcción capital del entero Derecho Administrativo. Aunque con distintos acentos, desde los diversos sistemas y culturas jurídicos, se ha subrayado siempre su posición central¹¹. Pese a la

10. En España, las primeras normas de procedimiento administrativo ya contenían disposiciones sobre organización, competencia, derechos de los interesados, etc., más allá de las reglas sobre la «tramitación de los expedientes» o de los «asuntos» (así, los Reglamentos dictados en cumplimiento la Ley de 19 de octubre de 1889 de procedimiento administrativo: el relativo al procedimiento administrativo que había de observar la Presidencia del Consejo de Ministros, o el del Ministerio de Fomento, ambos de 23 de abril de 1890).

11. Por ejemplo, para el caso norteamericano, *vid.* R. B. STEWART, «US Administrative Law: A Model for Global Administrative Law», *Internacional Law and Justice Working Papers*, III J Working Paper 2005/7, Global Administrative Law Series, Institute for International Law and Justice New York University School of Law, www.iilj.org, p. 13; publicado en papel en *68 Law & Contemporary Problems* 7 (2005); o en el sistema alemán, E. SCHMIDT-ASSMANN, «Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts», en E. SCHMIDT-ASSMANN / W. HOFFMANN-RIEM, *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 36.

observación de que el Derecho Administrativo, por contraste con tantas otras disciplinas jurídico-positivas, no se habría construido en torno a una única norma principal o de cabecera¹², ha de reconocerse que la institución del procedimiento es susceptible de nuclear en su derredor muchas más cosas de las que parecen.

En tal contexto, el presente estudio no pretende sino ofrecer algunas tesis para el debate.

12. Así, los códigos civiles, mercantiles, penales, procesales, laborales, etc., para cada una de las respectivas ramas del Derecho.

II

LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. EL ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO Y EL MODELO PROCESAL

EL nacimiento del procedimiento administrativo aparece estrechamente vinculado al paradigma del proceso judicial.

En nuestro caso, la Ley de 19 de octubre de 1889, sobre el procedimiento administrativo, y los Reglamentos que la siguieron en cada Ministerio, dejaron sentir con fuerza su influencia en lo que a las técnicas y principios subyacentes se refiere: la incoación e instrucción de los expedientes; las cuestiones de competencia; admisión de pruebas; cuestiones incidentales; la audiencia del interesado; las actuaciones gubernativas y sus términos; suspensiones y caducidad de los expedientes; despacho y resolución; los acuerdos administrativos que ponían fin al procedimiento, su contenido y ejecución; las providencias y notificaciones; los recursos y las instancias; los procedimientos especiales; etc¹³. A una escala casi real reproducen el proceso los primeros procedimientos de reclamaciones económico-administrativas, como atestiguan la Ley de 31 de diciembre de 1881, de bases, y su Reglamento, de la misma fecha.

13. Las referencias a la Ley de Enjuiciamiento Civil son explícitas en determinados pasajes de estas primeras normas. Véase, por ejemplo, en lo que a los recursos contra los actos (acuerdos) se refiere, la Exposición del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Gracia y Justicia, de 27 de abril de 1890. A mero título de ejemplo, baste notar que el mimetismo –también con el proceso penal– puede llegar al extremo de concebir la instrucción del procedimiento administrativo como algo secreto, razón por la cual se instaura en estos años un negociado de informes que suministra notas autorizadas sobre el estado del expediente: «Ya que por la naturaleza propia de los asuntos administrativos ha de haber en ellos un período sumarial, instructivo, de carácter secreto, en el adjunto reglamento, siguiendo el ejemplo de otros países, se dispone que en dicho período pueda averiguarse siempre el estado de tramitación...» (cfr. la misma exposición más arriba citada).

Más evolucionado y moderno es el procedimiento administrativo expropiatorio que recogen la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 y su Reglamento, de 13 de junio, si se atiende a los requerimientos del Estado de Derecho y de la tutela individual: se establece un procedimiento escalonado para resolver en piezas separadas situaciones de cierta complejidad y asegurar las garantías individuales y la adecuada ponderación de cada una de las fases (causa, necesidad, justiprecio, pago y toma de posesión); se dispone que el proyecto completo de las obras, que debe explicitar las ventajas que de su ejecución se derivan y los recursos financieros con que se cuenta, deba ponerse a disposición del público para que pueda presentar las reclamaciones que tenga por conveniente (derecho a alegar, información pública, art. 13, párrafo 2º de la Ley); se garantiza que los interesados puedan reclamar contra la necesidad de ocupación; se instituye la adquisición por convenio y, en su defecto, la fijación contradictoria del justiprecio y la susceptibilidad de interponer recurso; el derecho de reversión; etc.

El cordón umbilical con la imagen que proyecta el proceso no se ha roto en ningún momento. La dogmática procesal ha planeado sobre el procedimiento administrativo hasta nuestra días; le ha acompañado en su crecimiento y madurez, si bien con el correr del tiempo la teoría del procedimiento ha ganado distancia y autonomía.

Las codificaciones del procedimiento administrativo que comienzan a fraguarse a partir de la primera posguerra europea —encabezadas por la simbólica legislación austriaca de 1925— se inspirarían abiertamente en la institución procesal¹⁴. Lo mismo había hecho antes la jurisprudencia en algunos países europeos. No en vano los tribunales tenían muy próximo ese modelo de garantías (audiencia, motivación, etc.) para fundamentar la resolución de los conflictos que habían

14. Véase, en relación con el caso austriaco, H. SCHÄFFER, «El procedimiento administrativo austriaco: evolución, estado actual y perspectivas de futuro», en J. BARNES (coordinador), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Cívitas, Madrid, 1993, pp. 405 y ss. (411). Para el caso norteamericano, *vid.* R. STEWART, «Administrative Law in the Twenty-First Century», 78 *New York University Law Review* 437. A. C. AMAN, jr., «Administrative Law for a New Century», en *The Province of Administrative Law Oxford Hart Publishing*, 1997; asimismo en *Globalization and Governance*, New York, Routledge, 1999.

de resolver en las relaciones entre la Administración y el ciudadano. Las primeras leyes del siglo XX pasarían «a limpio» ese cuerpo de criterios jurisprudenciales hasta entonces establecido para dar forma y sistemática a un procedimiento sustentado sobre el esquema procesal, aunque dotado de un mayor grado de abstracción y esfuerzo de síntesis¹⁵. El movimiento codificador que se extiende en las décadas siguientes mantuvo el modelo (las leyes de los años cincuenta en la Europa del Este o en España resultan elocuentes). Las sucesivas leyes, alentadas por el precedente comparado, no harían sino abundar en esa orientación y fundamento para las distintas clases de procedimiento (declarativos, constitutivos, sancionatorios, etc.)¹⁶.

Pero por encima de las circunstancias históricas de su formación, la razón de este fenómeno ha de hallarse igualmente en el objeto mismo del procedimiento tradicional: se trata, de modo análogo a lo que persigue el proceso judicial, de resolver cuestiones concernientes a los derechos e intereses de los ciudadanos, de conformidad con lo establecido en las leyes. El procedimiento, en efecto, nace con una doble función de garantía: de acierto *en la aplicación de la ley*, en la deducción racional de lo que ésta haya previsto para el caso contemplado, de un lado; y de tutela del ciudadano, mediante un sistema que asegure la *legalidad subjetiva*, de otro.

Ello explica que, desde su origen, las leyes de procedimiento se hayan concentrado en describir, un tanto esquemáticamente, el curso de un procedimiento-tipo (iniciación, de oficio o a instancia de parte; ordenación; instrucción; finalización y ejecución). El concepto original que ha cristalizado en la legislación general consiste en esencia en una secuencia de actos de autoridad que tienen por objeto la adopción

15. Así, por ejemplo, H. SCHÄFFER, «El procedimiento administrativo austriaco», pp. 405 y ss. (418).

16. Véase, respecto de Austria, H. SCHÄFFER, *El procedimiento administrativo*, cit. (411). Se trata, sin embargo, de un fenómeno generalizado, desde la APA norteamericana (*adjudication*) de 1946.

de decisiones con incidencia directa en las situaciones subjetivas del ciudadano. El producto final por excelencia es el acto administrativo singular, aunque progresivamente se hayan incorporado a las exigencias de un procedimiento administrativo previo, en cada tiempo y lugar, otras formas de actuación (acto administrativo general; disposición general; contrato administrativo; plan; programa; prestación material; etc.). El procedimiento, pues, ha constituido, visto desde fuera, un cauce formal, donde el protagonista indiscutible es la resolución definitiva que pone fin al procedimiento. Los actos de trámite, los meros actos o fases preliminares no poseían de ordinario la relevancia jurídica de la que han podido revestirse en las últimas décadas¹⁷. En la concepción primigenia, el procedimiento como tal –en no pocos ordenamientos– carece de vida propia: si la resolución definitiva resulta conforme a Derecho, las infracciones «de forma» no son susceptibles de generar la nulidad de lo actuado¹⁸, salvo, claro está, que tal infracción haya producido indefensión material, por decirlo en términos sintéticos. El eje se localiza en la resolución, no en el proceso decisorio¹⁹. Las cosas, sin embargo, comienzan a cambiar cuando determinados procedimientos adquieren una función autónoma y principal, como luego se abundará.

17. Vid. M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 1999 (2ª ed.), pp. 301 y ss.

18. Art. 63.2 Ley 30/1992. Ya las primeras normas de procedimiento reseñaban la nulidad a «la infracción de formas sustanciales del procedimiento» (por ejemplo, art. 103 del Reglamento de procedimiento del Ministerio de Gracia y Justicia, de 17 de abril de 1890).

19. Puede verse la literatura citada por W. HOFFMANN-RIEM, «Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz. Einleitende Problemskizze», en W. HOFFMANN-RIEM / E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, núm. 9, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 22 y 26.

2. LOS CARACTERES DEL MODELO PROCESAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN GENERAL

La ley de procedimiento administrativo es la norma más elocuente del Derecho Administrativo, 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.

En lo que ahora importa, conviene notar que la legislación general de procedimiento sintetiza y refleja las señas de identidad de una determinada especie de Administración, a la que se refiere y de la que se predica. La institución del procedimiento, en efecto, aparece asociada a la imagen de una Administración estructurada jerárquica o piramidalmente, de corte clásico, que actúa e interviene en su calidad de poder público, en el ejercicio de su autoridad. En su versión más común, el procedimiento y sus reglas de juego se contraen en la legislación vigente al sujeto «Administración pública» en sentido estricto; se dirigen de ordinario a las actuaciones de carácter «externo» o de relación con los ciudadanos; y se circunscriben a las acciones sometidas al Derecho Administrativo. Quedan, por tanto, fuera de su perímetro muchas cosas²⁰.

Las notas características que definen la concepción legal del pro-

20. Por ejemplo, la acción administrativa (organización y procedimiento) sujeta al Derecho privado; actuaciones administrativas de carácter no formalizado (como la prestación material de un servicio público; la información facilitada por la Administración u obtenida de instancias sociales; etc.); actividades de interés general desplegadas por los sujetos privados; etc.

cedimiento administrativo obedecen, en última instancia, a ese esquema. Podrían formularse así los rasgos que se destilan de la legislación contemporánea de nuestro entorno²¹:

– El ámbito subjetivo de la legislación general de procedimiento se circunscribe a las Administraciones públicas y a las Entidades de Derecho público «cuando ejerzan potestades administrativas»²²; no es de aplicación esta normativa, pues, en caso contrario, para otras acciones o clases de Administración²³.

– La toma de decisiones constituye el objeto propio del procedimiento (acto, reglamento, contrato)²⁴. La ley concibe a la Administración como una organización que dicta resoluciones vinculantes. Le importa, pues, la actividad administrativa formalizada, no, en cambio, la actividad material; por ello, no contempla las actividades prestacionales y de servicio público, la mediación, etc., si no desembocan en una resolución.

– A su vez, de entre las distintas clases de procedimiento de carácter decisorio, es el acto administrativo, señaladamente, el acto administrativo *singular*²⁵, el

21. *Vid.*, por ejemplo, la obra colectiva *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Cívitas, Madrid, 1993, cit. Para el caso alemán, señaladamente, E. SCHMIDT-ASSMANN, «Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung», en *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), pp. 430-473; asimismo, en la segunda edición alemana de *La Teoría General*, cit.: *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª edición, Springer, 2004, pp. 356-357.

22. Por ejemplo, aprobación de actos administrativos, para la adjudicación de contratos administrativos, la aprobación de planes territoriales, etc.

23. Arts. 1; 2.2; Títulos IV y VI; etc. de la Ley 30/1992. Queda fuera de su consideración, por ejemplo, buena parte de la actividad de colaboración o cooperación, de consenso; la actividad no formalizada; los fenómenos de privatización del procedimiento administrativo; etc.

24. Cfr. en particular Título V (actos administrativos) de la Ley 30/1992. Las leyes de procedimiento han dado cobijo, como pieza básica, a la teoría general del acto administrativo. Así, dentro del procedimiento administrativo «común», a los efectos y en el sentido del art. 149.1.18ª CE, parece encajar con naturalidad la regulación del acto. Son también decisiones las normas de carácter reglamentario y los contratos.

25. *Vid.* Títulos IV a VI.

«producto estrella», en detrimento de las normas (reglamentos, planes y programas, etc.) y en menor medida de los contratos.

– El procedimiento constituye un mecanismo que coadyuva a la mejor aplicación del Derecho. Cumple una función *auxiliar* o adjetiva respecto de la legalidad material²⁶. La «función creativa» o de innovación jurídica del procedimiento ocupa un lugar más modesto (producto reglamentario; habilitaciones legales; ponderación; etc.). La legislación general de procedimiento no dedica, en efecto, la misma atención a otras funciones del procedimiento aún más relevantes que las meramente «aplicativas»: el procedimiento como medio para la creación de normas o el establecimiento de criterios; para el hallazgo de la mejor solución técnica o científica; etc.

– La *comunicación* entre el ciudadano y la Administración se encuentra definida en términos muy limitados (actos de instrucción) y un tanto «paternalistas»²⁷ (el ciudadano persigue su propio interés²⁸; la Administración es la única competente para definir el interés general; el principio de oficialidad; etc.).

– El *flujo de información* dentro de la estructura interna de la Administración carece de interés sustantivo.

– La legislación tradicional del procedimiento mira *hacia adentro*, se centra en las relaciones que se traban en la esfera nacional, con evidente descuido de las relaciones interadministrativas en el espacio europeo y en el plano internacional²⁹.

26. Principio espiritualista o antiformalista; la regla general de la anulabilidad y de las irregularidades no invalidantes; etc. *Vid.* arts. 63-67 de la Ley 30/1992. Criterios análogos se localizan en la legislación comparada. Baste ahora la remisión a los arts. 44 y ss. de la Ley Federal alemana de Procedimiento Administrativo.

27. Tomo la expresión de SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), p. 431. Por ejemplo, los actos de instrucción necesarios se realizarán de oficio (art. 78.1 Ley 30/1992).

28. Por ejemplo: el concepto de interesado (art. 31.1 de la Ley 30/1992) y los derechos procedimentales del art. 35 de la Ley 30/1992; etc.

29. Más allá de un modesto art. 10 de la Ley 30/1992, poco contempla nuestra legislación

El procedimiento se concibe, pues, de modo muy restrictivo, por todos los conceptos explorados (ámbito subjetivo y objetivo; perspectiva funcional; esquema de comunicación e información; etc.). Es como si la legislación de contratos no conociera otro contrato típico que el de suministro o el de obra pública e ignorara el resto: no respondería a la realidad de las cosas.

Un muy elevado número de resoluciones se adopta a diario de conformidad con este molde característico, señaladamente cuando se trata de dictar actos administrativos con directa incidencia en la esfera subjetiva de los ciudadanos. A la legislación general de procedimiento –en nuestro caso, «común» por razones competenciales³⁰– se superpone una vasta legislación específica, sectorial o especial en función de la materia, con una idéntica concepción de fondo (por ejemplo, procedimientos de concesión y gestión de subvenciones³¹; para el ejercicio de

general. Sobre estos rasgos del procedimiento clásico en Alemania, que presenta ciertas singularidades respecto del caso español, *vid.* E. SCHMIDT–ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), *ibídem*.

30. Art. 149.1.18ª CE. Aquí, «común» no evoca la idea de la unidad inherente a la codificación. No pretende esta competencia reducir a unidad la multiforme variedad de procedimientos –ideal inalcanzable, por lo demás–, ni, menos aún, atribuir una competencia universal al legislador estatal en materia de procedimiento. Por el contrario, la referencia a lo «común» que, en clave competencial, hace el art. 149.1.18ª CE bien puede dar cobijo, no ya sólo a las garantías y derechos procedimentales mínimos y comunes de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, cualquiera que sea el procedimiento, sino en primer término y ante todo a la estructura fundamental –o teoría general– de ese átomo que es el acto administrativo. En términos más amplios, autoriza a establecer, como ha hecho la Ley 30/1992, todo un conjunto de principios que han de ser garantizados en todo procedimiento, así como un arsenal de elementos y piezas, susceptibles de ser utilizados en función del procedimiento de que se trate. El propio Tribunal Constitucional ha podido afirmar que el procedimiento administrativo común, a estos efectos, puede albergar «aquellas garantías o derechos procedimentales que hayan de respetarse para la formulación de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos» (STC 61/1997, fundamento jurídico 25.c); las reglas sobre la publicidad y eficacia de las normas reglamentarias (STC 61/1997, fundamento jurídico 25.d); o las relativas a la Administración demandada en subrogación a los efectos de los recursos administrativos (STC 61/1997, fundamento jurídico 40, respecto del art. 300 TRLS 1992); entre otras manifestaciones.

31. V. gr.: arts. 22 y ss. de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

la potestad sancionadora³²; en materia de personal al servicio de la Administraciones públicas³³; etc.).

El procedimiento, sin embargo, no se agota en la atención de esa función de garantía de los derechos concernidos. La experiencia comparada demuestra, por ejemplo, que el esquema procesal en que se basa el procedimiento tradicional no sirve para solucionar situaciones en las que es necesaria la mediación, la generación de consenso y la aceptación entre un amplio segmento de la población del proyecto propuesto (ubicación de infraestructuras de transporte y telecomunicaciones; instalación de industrias, centrales eléctricas o depuradoras; la apertura de un centro comercial o religioso; etc.). La mediación no consiste en una resolución, constituye una actividad material.

3. NUEVOS HORIZONTES EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Más alejados de esa comprensión que luce en la legislación tradicional –de la versión del procedimiento administrativo como sistema de toma de decisiones singulares que afectan inmediatamente a las situaciones subjetivas de los ciudadanos– se encuentran, en efecto, otros muchos procedimientos especiales (por ejemplo: para la elaboración del planeamiento urbanístico y territorial³⁴; la autorización y supervisión de los medicamentos de uso humano³⁵; para la seguridad

32. Así, por ejemplo, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

33. Por ejemplo, en relación con licencias, excedencias, permisos, etc.

34. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la transformación del art. 15 y 16 de la antigua Ley del Suelo, 6/1998, y su integración en los procedimientos de los instrumentos de planeamiento urbanístico de la legislación autonómica, etc.

35. Por ejemplo, arts. 5 y ss. del Reglamento (CEE) núm. 2309/93, del Consejo, de 22 de julio de 1993, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y supervisión de medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos.

alimentaria³⁶; de diálogo competitivo en la adjudicación de contratos complejos³⁷; etc.), aun cuando puedan eventualmente aparecer en ocasiones «contaminados» en su diseño legal, en la praxis administrativa o en el análisis teórico por la dogmática procesal y ese estrecho entendimiento que deriva de la concepción legal clásica.

La Ley federal norteamericana de Procedimiento Administrativo de 1946 («Federal Administrative Procedure Act», APA) representa, a título de ejemplo, el contrapunto de esa estrecha concepción legal del procedimiento en el panorama comparado³⁸. Los cuatro elementos fundamentales del Derecho Administrativo federal se encuentran regulados en la citada Ley (los presupuestos y las reglas de procedimiento que han de observar las agencias para la toma de decisiones; los requisitos mínimos para acceder a los tribunales; el alcance y finalidad de la revisión judicial; y el acceso a la información administrativa)³⁹. Si bien es cierto que la regulación del procedimiento forma parte de un todo que no resulta miméticamente trasladable (la estructura constitucional federal, la división de poderes y la posición de las Agencias en ese esquema), el sistema norteamericano presenta no pocos elementos para la reflexión. Así, la Ley distingue netamente entre procedimientos de elaboración de reglamentos (procedimientos formales, informales e híbridos), adornados con numerosas técnicas en beneficio de la participación

36. Por ejemplo, Reglamento CE núm. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, etc..

37. *Vid.* art. 29 de la Directiva 2004/18/CE, para los contratos públicos de obras, suministros y servicios: los poderes adjudicadores podrán recurrir al diálogo competitivo cuando no puedan definir por sí solos el interés general, esto es, las soluciones a sus necesidades o no puedan elaborar la estructura jurídica y financiera de proyectos, como los de grandes infraestructuras.

38. *Vid.* con carácter introductorio la obra colectiva *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, cit., en particular J.J. LAVILLA, «El procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América», pp. 339 y ss.

39. Cfr. R. B. STEWART, «US Administrative Law: A Model for Global Administrative Law», en *Internacional Law and Justice Working Papers, III J Working Paper 2005/7, Global Administrative Law Series*, Institute for Internacional Law and Justice New York University School of Law, www.ilj.org, p. 13.

pública, de un lado, y procedimientos de adopción de resoluciones singulares, de otro; y lo hace con un particular sentido de la modernidad, sobre modelos o paradigmas diversos en cada caso: sobre la idea de un proceso normativo, en el primero; y sobre la lógica judicial, en el segundo. La cooperación entre sociedad y Estado; la publicidad y transparencia; la consecución de un diálogo efectivo entre la Administración y los ciudadanos, con una real ponderación de las alegaciones vertidas en el procedimiento de gestación de la norma; el derecho a la información y el acceso a la documentación administrativa, entre otros elementos, constituyen sus señas de identidad desde hace décadas. No obstante, el coste económico de la gestión de algunos procedimientos, la dilación y la litigiosidad que han suscitado en la práctica tantos reglamentos aprobados por las agencias, hizo aconsejable alternativas basadas en el consenso y el acuerdo voluntario⁴⁰.

Lo cierto es que la realidad occidental y su proyecto político (privatización y regulación para la competencia; desregulación y simplificación; «Estado cooperativo»; de Estado prestador a Estado garante; etc.) parece encajar en la actualidad con algunas de las soluciones que la citada Ley de 1946 y su ulterior evolución (legislación sectorial; jurisprudencia) ha venido alumbrando, en lo que hace a la elaboración de normas por parte de las agencias (*rule making procedure*). Dos reflexiones, en esencia, pueden destacarse, a nuestro juicio, de la concepción norteamericana: a) el diseño equilibrado de dos estructuras bien distintas, en función del objeto del procedimiento (elaboración de disposiciones generales o dictado de resoluciones singulares), frente al tradicional énfasis de nuestros procedimientos-tipo en el acto singular; y b) la matizada construcción de toda una variedad de procedimientos de elaboración de disposiciones generales en función de la participación y diálogo con los interesados⁴¹. Dos paradigmas, en suma, en lugar de uno solo.

40. Es de destacar en ese sentido la aprobación en 1990 de una reforma de la APA de 1946 en cuya virtud se introduciría el *negotiated rulemaking* para la elaboración de los reglamentos, esto es, un nuevo procedimiento cuyo objeto no era otro que el de alcanzar acuerdos sobre el contenido de la norma de un modo ágil y mediante el consenso.

41. Situación que contrasta, sea dicho a título de ejemplo, con la parca, antigua y poco matizada regulación del procedimiento de elaboración de reglamentos que, para la Administración General del Estado, contiene exclusivamente el art. 24 de la Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno. Más llamativo aún es que haya Comunidades Autónomas que carezcan incluso de una norma similar.

La cuestión, en fin, y a la vista de la estrecha comprensión legal que reside en la legislación general de procedimiento, no consiste tan sólo en el establecimiento de nuevas normas, sino también y sobre todo en la integración de nuevas *perspectivas* y *dimensiones*, como habrá ocasión de abundar. Se trata, pues, de algo más profundo y sistemático: una cuestión de concepto.

4. DOS EJEMPLOS SOBRE LA NECESIDAD PRÁCTICA DE REVISAR LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL: EL PROCEDIMIENTO EXIGIDO POR LA DIRECTIVA DE LA EVALUACIÓN ESTRATÉGICA AMBIENTAL REQUIERE UN MODELO DISTINTO (A); LAS FACULTADES QUE EJERCE LA ANECA HABRÍAN DE SOMETERSE A UN PROCEDIMIENTO QUE, PRIMERO, LEGITIMARA SUS DECISIONES Y, SEGUNDO, SIRVIERA DE DIRECCIÓN O DE VINCULACIÓN DE ÉSTA A LA LEY Y AL DERECHO (B)

Con estos simples ejemplos, entre tantos, se pretende poner de manifiesto que el desbordamiento de la concepción clásica de procedimiento no es un problema académico o de sistematización teórica, sino una cuestión de indudables efectos prácticos, que afecta a la praxis legislativa y administrativa.

El primer ejemplo hace referencia a esa clase de procedimientos que poca relación guardan con el esquema tradicional y la perspectiva procesal que le ha acompañado. La Directiva de evaluación estratégica ambiental, en efecto, impone un modelo de procedimiento administrativo que, bien entendido, desborda en mucho la concepción tradicional.

El segundo caso pretende subrayar las graves consecuencias que se infieren de la ausencia de un procedimiento en sentido moderno,

esto es, de un procedimiento como estructura regulatoria que pueda compensar la indeterminación sustantiva de la ley en lo que hace a los criterios previos a los que deba sujetarse la ANECA en cada caso. El procedimiento, pues, como mecanismo de dirección de la Administración, se someta o no en alguna forma al Derecho Privado, y de legitimación democrática de sus decisiones.

a) EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA REALIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN ESTRATÉGICA AMBIENTAL: UN DESAFÍO DEL LEGISLADOR COMUNITARIO PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL.

La evaluación ambiental estratégica representa una técnica preventiva que tiene por objeto medir el efecto ambiental de los *proyectos* o borradores de planes y programas territoriales de mayor relevancia, aun cuando deban ser remitidos al parlamento para su aprobación definitiva mediante ley. Aspira a ahorrar el plan o programa desde su misma gestación a partir del informe de sostenibilidad elaborado entre todos, Administraciones y ciudadanos. Para su realización, es necesario, primero, obtener el mayor volumen posible de *información de calidad*, tanto del público interesado, como de todas las Administraciones implicadas; y, segundo, ponderar adecuadamente ese caudal de información. El objetivo último no es otro que el de adoptar en el seno del plan o programa la *mejor* y más *eficiente* decisión final desde un punto de vista del desarrollo sostenible.

La evaluación estratégica ambiental que la Unión Europea ha diseñado⁴² se resuelve en normas de procedimiento administrativo:

42. La Directiva 2001/42/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, dispone la *evaluación estratégica ambiental* de los efectos de determinados planes y programas sobre el medio ambiente (de ordenación del territorio, urbanismo, infraestructuras, transporte, energía, telecomunicaciones, protección del paisaje; etc.).

participación y colaboración; intercambio de información, transparencia y motivación; supervisión y ágil revisión del plan en función de los efectos para el medio ambiente; etc.

Se trata, eso sí, de un procedimiento concebido como instrumento de ponderación y de dirección política de la Administración pública. Con las herramientas tradicionales del Derecho Administrativo no resulta fácil la transposición o traslado de esa noción en el seno de los sistemas nacionales⁴³, si se persigue, más allá de una transferencia meramente nominalista, la adecuada instalación en el ordenamiento interno de los instrumentos que establece: un diálogo *real público-privado* para determinar la mejor solución desde el punto de vista de la sostenibilidad medioambiental del plan o programa objeto de informe⁴⁴; la transformación de los planes y programas en «imágenes en movimiento», y no en «fotos fijas», para ajustarse con flexibilidad ante las desviaciones que se detecten; etc.

La Directiva no establece *cuál* haya de ser la mejor solución desde la óptica de la sostenibilidad medioambiental, sino *cómo* ha de buscarse. Todo remite al procedimiento, entendido como foro de encuentro.

El conjunto de normas de procedimiento que la Directiva bosqueja⁴⁵ para la evaluación ambiental de los impactos procedentes de la aprobación de determinados Planes o Programas, sugiere la necesidad de superar el concepto tradicional de procedimiento administrativo⁴⁶.

43. El Proyecto ENPLAN y sus estudios comprensivos constituyen una buena prueba de ello. Véase <http://www.interreg-enplan.org/guida/index.htm>.

44. Colaboración y coordinación eficaces de todos; procesamiento y ponderación de todos los datos relevantes, de las alternativas y perspectivas posibles; la expresión de su resultado a través de la motivación acreditada de la solución que se propone.

45. Arts. 5-12.

46. La idea de procedimiento administrativo que subyace a esta Directiva se encuentra, en

b) EL CASO DE LA ANECA O LA NECESIDAD DE COMPENSAR LA FALTA DE VINCULACIÓN O SUJECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY MATERIAL. LA FUNCIÓN DIRECTIVA DEL PROCEDIMIENTO

La ANECA, su organización y funcionamiento y, más aún, el propio establecimiento de las reglas de juego que ésta emana para la entera Universidad (en concreto: el negativo de lo que ha de entenderse por excelencia en cada una de las etapas de la formación del profesorado) constituye un ejemplo paradigmático de falta de sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.), por omisión de la LOU (2001). La incapacidad de la ley material para dirigir la acción de la Administración no ha sido compensada o sustituida por previsiones legales que, por sí mismas, dispongan una organización y, en lo que ahora importa, un procedimiento, capaces de dirigirla, de condicionar estructuralmente la ulterior acción administrativa. La falta de dirección de la ley parlamentaria de la ANECA supone una pérdida de las garantías propias de la cláusula del Estado de Derecho y de legitimidad democrática. Veámoslo más despacio.

La Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA),

efecto, en las antípodas de aquella otra comprensión más formalista, para la que lo relevante no es sino que el trámite se evacúe en tiempo y forma, por el órgano competente y con los requisitos establecidos; y no, en cambio, el contenido y la sustancia misma de esos trámites, más importantes en cierto modo que la decisión final si, además de la garantía de los derechos de los interesados, importa alcanzar la mejor y más eficaz de las resoluciones. En efecto, la calidad de la información; la real implicación y participación de todas las Administraciones competentes y de los ciudadanos interesados; la ponderación efectiva de todos los bienes e intereses en juego; el consiguiente diálogo del órgano competente con todos los puntos de vista; o la motivación y transparencia de la decisión administrativa, son, sin duda, elementos esenciales de ese procedimiento. Una opinión pública bien informada, como instrumento de dirección a través del procedimiento.

prevista en la Ley de Universidades (LOU)⁴⁷, es una fundación estatal, creada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte⁴⁸. A ella se le confía la consecución de los más altos objetivos en el plano de la calidad de las Universidades —«fin esencial de la política universitaria»⁴⁹— mediante la evaluación, certificación y acreditación de las enseñanzas y actividades docentes e investigadoras del profesorado⁵⁰. Entre otras funciones trascendentes, le corresponde emitir la evaluación o informe del profesor e investigador a los efectos de poder ser contratado por una Universidad pública, en alguna de las figuras de personal docente o investigador para las que así se establece (arts. 50-52 LOU), o bien a los efectos de poder ser contratado como profesor por una Universidad privada también en los supuestos prescritos (art. 72.2 LOU)⁵¹. El informe o evaluación es, pues, obligatorio para la contratación de personal docente e investigador universitario en cualquiera de las Universidades del territorio nacional y, desde luego, vinculante⁵². La Agencia posee además una indudable relevancia «en el binomio autonomía-rendición de cuentas», como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley de reforma de la LOU (2007).

47. Ley Orgánica 6/2001, de Universidades. El art. 32 establece lo siguiente: «Mediante acuerdo de Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria, el Gobierno autorizará la constitución de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación».

48. De acuerdo con el art. 32 LOU, citado en la nota anterior, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002 autorizó al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte a constituir a la Fundación estatal Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación. Posteriormente, por Real Decreto 1052/2002, de 11 de octubre, se reguló el procedimiento para la obtención de la evaluación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, y de su certificación, a los efectos de contratación de personal docente e investigador universitario.

49. Art. 31.1 LOU.

50. Art. 32.2 y 3 LOU.

51. *Vid.* art. 1 del Real Decreto 1052/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la obtención de la evaluación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, y de su certificación, a los efectos de contratación de personal docente e investigador universitario.

52. Cfr. arts. 50-52 LOU: la evaluación o informe previos habrán de ser positivos para poder concursar a las respectivas categorías contractuales.

En lo que aquí interesa, el debate fundamental, en términos jurídicos, no radica en que la Administración se haya «vestido de civil» (la ANECA se estructura como fundación) o

La LOU (2001) ha dedicado un precepto legal (el art. 32) a prever la creación de la ANECA, si así lo autoriza el Consejo de Ministros⁵³. Eso es todo. Nada dice sobre su estructura, organización o procedimiento; la selección y composición de sus miembros; o, lo que es más trascendente, sobre los criterios de evaluación, cómo se fijan, ni quién los establece. La Ley no ha dispuesto siquiera como medidas complementarias y paliativas de la falta de predeterminación de los criterios, un procedimiento transparente y participativo, ni fórmulas organizativas que faciliten el consenso y el acuerdo básico de los expertos acerca de cuáles habrían de ser los criterios de excelencia de cada disciplina científica, etc., como ocurre en tantos otros sectores (industrial; investigación y tecnología; etc.).

El silencio legislativo se encuentra en la base del problema y ha debido ser colmado por la Administración: *todo* queda a su libre decisión, sin condiciones, pautas o guías por parte del legislador. El resultado es evidente: la Ley no fija cómo han de gestarse los criterios de evaluación, que son entonces elaborados por la propia ANECA con entera libertad⁵⁴.

en que, por consecuencia, se haya privatizado una parte del procedimiento administrativo; o, menos aún, en la competencia de sus miembros. Uno y otro (privatización de la organización o del procedimiento; y solvencia y representatividad en el asesoramiento) no han de constituir un problema, cuando menos en términos teóricos, en la medida en que vayan acompañados de las necesarias garantías jurídicas e incorporen los valores constitucionales indisponibles.

La cuestión clave, por el contrario, es, a nuestro juicio, de carácter estructural o de base y conecta con nuestra reflexión: la Ley (en este caso, la LOU), acaso por un error de perspectiva, ha abdicado de su función de dirección de la Administración (art. 103.1 CE). Y ello, por hipótesis, en el entendimiento de que la Ley no puede encerrar o prever todos los aspectos, olvidando entonces que, de ser ello así, existen otros mecanismos de vinculación de la Administración, como la elección –por parte del legislador– de un adecuado procedimiento administrativo y de una organización determinada, es decir, la elección de elementos capaces de condicionar decisivamente y por sí mismos el desenvolvimiento de su actividad.

53. Los arts. 50-52 LOU se limitan a exigir la evaluación positiva previa para la contratación de profesores ayudantes doctores, colaboradores y contratados doctores, respectivamente, sin establecer, nótese bien, requisito, condición o procedimiento alguno para esa evaluación. Poco añade, por lo demás, la reforma del art. 32 en 2007.

54. Art. 3.3 del Real Decreto 1052/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la obtención de la evaluación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, y de su certificación, a los efectos de contratación de personal docente e investigador universitario.

Admitida a efectos dialécticos la imposibilidad de su predeterminación legal, el planteamiento tradicional tenderá a considerarlo como una desviación insuperable del sistema y a consentir, en consecuencia, que todo sea resuelto y decidido por la Administración. Sin buscar, nótese bien, alternativas o complementos a esa incapacidad de programación material y condicional. Y ello es lo que parece haber hecho el legislador de la LOU: dedica un modesto precepto legal a la ANECA; la Administración crea en los términos que tiene por convenientes, y sin parámetro o condición a la que someterse, una organización instrumental (la fundacional); la cual elabora por sí los criterios de evaluación; etc. La ANECA ha podido decidir por sí misma cuáles hayan de ser las condiciones o criterios para obtener una evaluación positiva, respecto de cada área de conocimiento y contrato del personal docente e investigador, y proyectarlas sobre cualesquiera de los solicitantes y su trayectoria curricular anterior⁵⁵ o modificarlas sobrevenidamente⁵⁶.

Estas y otras cuestiones, de indudable relevancia, debían haber sido resueltas por el legislador, en virtud, no ya sólo de la reserva de ley, sino del mismo principio de sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho⁵⁷. Así, el legislador –además de establecer criterios, pautas, objetivos, directrices, etc.– bien podría haber regulado procedimientos participativos y reglas para la obtención del consenso entre la comunidad universitaria y científica, a fin de que se fijen para cada área del saber y categoría los criterios para una evaluación positiva; disponer estructuras organizativas capaces de suscitar esa participación, consenso y adhesión, en constante relación con los interesados; la incorporación de miembros expertos para cada área del saber; etc⁵⁸.

55. Cfr. anexo IV de la Resolución de 17 de octubre de 2002, de la Dirección General de Universidades (BOE 30 de octubre de 2002).

56. Cfr. Resolución de 18 de febrero de 2005, anexo IV. El consenso para establecer un marco, pero también la estabilidad máxima en el horizonte de los esfuerzos curriculares resultan esenciales.

57. Baste pensar a tal efecto: a) que los criterios de evaluación de cada área y categoría no están en la «naturaleza de las cosas» (si un determinado candidato de un área del saber y en relación con una categoría contractual debe o no haber tenido estancias en el extranjero de más de seis meses; si ha de haber publicado o no en lengua inglesa; etc.); y b) que los criterios de evaluación tienen efectos multiplicadores de cara al derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE, reservado por cierto a la ley (arts. 53.1, 23.2 y 103.3 CE).

58. Los efectos prácticos de la ausencia, entre otros mecanismos, de un procedimiento ade-

Todo ello, dicho sea colateralmente, sin perjuicio de que, a la luz de la cláusula del Estado de Derecho y del principio democrático, principios estructurales que condicionan la propia configuración del procedimiento, pudieran hacerse otras observaciones. Piénsese así en las exigencias de la reserva de ley (art. 53.1 CE) en relación con los derechos aquí concernidos (arts. 20, 23.2, 27 CE), de la que se derivan no ya sólo contenidos materiales, sino, en su caso, y a falta de éstos con mayor razón, previsiones organizativas y procedimentales. O en la insuficiente legitimidad democrática de una organización que ejerce una actividad de trascendencia jurídico-pública, en la que no participan efectivamente los miembros de la comunidad universitaria afectada, y que carece de la conexión legitimadora que deriva de la ley parlamentaria, por cuanto ésta ha silenciado todos sus elementos determinantes.

Es claro, en fin, que la cláusula del Estado de Derecho, con todo lo que ello entraña, no se circunscribe a la fase posterior de aprobación e incorporación formal de las reglas por la Administración pública, máxime cuando tienen efectos multiplicadores, mediatos y directos, sobre los derechos fundamentales. «El Estado tiene la responsabilidad de garantizar una adecuada legitimación en la

cuado, como instrumento de intercambio de información y búsqueda del consenso se dejan sentir con claridad. De entrada, los criterios de valoración del profesorado, la clave de bóveda de todo el sistema, han sido fijados por una fundación; no por el legislador; por un grupo de profesionales; y no por las partes implicadas, por la comunidad científica y universitaria; esto es, se han establecido unos criterios por definición discutibles y discutidos, sin transparencia, participación, consenso o representatividad. Y, además, se han dispuesto unos criterios únicos y uniformes para todas las áreas del saber. Cfr. anexo IV de la Resolución de 17 de octubre de 2002, de la Dirección General de Universidades (BOE 30 de octubre de 2002). Mediante Resolución de 18 de febrero de 2005 se introduce algunas modulaciones.

Por contraste, en otros ámbitos de la ciencia, la industria y la tecnología, la falta de previsibilidad o de conocimientos suficientes –la imposibilidad de que la norma todo lo prevea– determina otras formas alternativas y complementarias. Véase, por ejemplo, el Reglamento (CE) núm. 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, señaladamente arts. 9, 29 y 30.

Cuanto aquí se ha ejemplificado sería igualmente trasladable al sistema de los sexenios, máxime si a su consecución se anudan efectos relacionados con el derecho fundamental que luce en el art. 23.2 CE.

producción de normas y eso exige actuar antes, en el procedimiento en el que surgen esas reglas técnicas, garantizando que estén representados todos los intereses y también que el procedimiento sea transparente»⁵⁹.

59. Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit., p. 343.

III

LA PLURALIDAD DE ESTRUCTURAS Y FUNCIONES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. EL PROCEDIMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

LA institución del procedimiento, como ya se ha notado, sintetiza en cada tiempo y lugar los rasgos más relevantes del Derecho Público. Refleja asimismo la distinta posición relativa que guardan el legislativo, ejecutivo y judicial y, en consecuencia, la relación funcional de la programación legal y del proceso judicial con el procedimiento. Baste observarlo a propósito de la función «aplicativa» o «innovadora» del procedimiento para comprobar esa inmediata interacción.

1. LA TIPOLOGÍA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN EL CONTEXTO DEL LEGISLATIVO, EJECUTIVO Y JUDICIAL

Ha de notarse que el término «procedimiento administrativo» designa estructural y funcionalmente una tipología de procedimientos de notable diversidad. Entre un procedimiento administrativo sancionatorio⁶⁰, por ejemplo, y un procedimiento destinado a realizar la valoración estratégica ambiental⁶¹ existen profundas diferencias.

60. V. gr: Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

61. *Vid.* Directiva 2001/42/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, cuyo contenido se resuelve en normas de procedimiento.

Podría pensarse que el adjetivo «sancionatorio» frente a la expresión «valoración estratégica ambiental» implica en cierto sentido una mutación del sustantivo del que se predica.

Podríamos distinguir por pura convención entre los procedimientos administrativos que entrañan una afectación directa de posiciones jurídicas subjetivas de carácter sustantivo, como en el caso de un procedimiento sancionador, constitutivo o declarativo, por ejemplo, y aquellos otros que no tienen por objeto inmediato garantizar derechos o intereses individuales, sino ponderar los bienes, valores o intereses en presencia, obtener la información precisa, etc., como sucede en los procedimientos de seguridad alimentaria o de planificación territorial, por ejemplo. Una parte considerable de los procedimientos administrativos pertenece al primero de los tipos descritos. La Ley aquí disciplina el procedimiento en detalle y tiende a predeeterminar la respuesta material o de fondo, la decisión que haya de adoptarse. En los segundos, por el contrario, la Ley se presenta más abierta, no programa la solución final y al procedimiento le corresponde una función más creativa y relevante, en la medida en que se modele para identificar la mejor opción.

Se diría que en los procedimientos administrativos del primer tipo se trata de hallar la solución *justa* (sanción; declaración o reconocimiento del derecho; etc.); en los del segundo, además y sobre todo, la solución *óptima* o más *eficaz* para la tutela del ambiente (procedimiento para la elaboración de la valoración estratégica ambiental); más *equilibrada* y *ponderada* para la ciudad (procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico); y con un fundamento *científico* más sólido (para la seguridad alimentaria o la sanidad pública); etc.

– Si mantenemos el binomio de la función adjetiva o sustantiva del procedimiento, parece fácil advertir que en los procedimientos del primer tipo la función que a la Administración le está atribuida resulta más limitada que en el segundo. La posición de la Administración es diversa en un procedimiento para el otorga-

miento de licencia de apertura y en un procedimiento para aprobar un plan general de ordenación urbana, por ejemplo.

La programación legal de la Administración (material o finalista, etc.) y la elección del correspondiente procedimiento (aplicativo u orientado a la innovación) repercute igualmente sobre otros elementos no menos relevantes. Baste apuntar dos efectos: en el campo de la organización y en el de los parámetros de actuación de la Administración pública. Por lo que hace al primero, ha de notarse que la acción administrativa que se despliega en los procedimientos de la segunda especie (en la elaboración del planeamiento territorial, por ejemplo) requiere organizaciones administrativas específicas, más abiertas y ágiles, permeables e interactivas, capaces de obtener y procesar la información de calidad, de generar la participación y el consenso, etc. Y, a la inversa, el complejo organizativo (público y privado) de la autorregulación regulada exigirá la instauración de reglas de procedimiento (privado) que hagan de correa de transmisión de los valores que se pretendan inocular en los operadores privados: transparencia, motivación, igualdad de trato, competencia, etc.

Por lo que hace al parámetro o canon al que ha de sujetarse la Administración, el procedimiento puede contribuir a la concreción y efectividad de otros criterios de actuación que no sean sólo los que se asocian al control judicial de la discrecionalidad, puesto que no basta con no desbordar determinados límites (competencia; ritualidades en la tramitación; principios de igualdad y proporcionalidad; etc.). Parámetros como la eficacia; la obtención de la mejor información; la óptima ponderación de todos los intereses en presencia; etc., han de encontrar expresión en el procedimiento. Y asimismo los respectivos controles.

– Y en cuanto a la posición del juez, cabría notar que en los procedimientos administrativos de la segunda modalidad las facultades de control jurisdiccional son menores o, por mejor decir, tenderán a circunscribirse al procedimiento en sí, a contrastar las distintas secuencias que integran y estructuran el procedimiento, en la justa medida en que la ley no haya preestablecido cuál deba ser el contenido de la decisión final, es decir, si no ha programado qué medida es la más eficaz o eficiente; cuándo se halla científicamente bien fundada; etc., extremos éstos que quedan entonces fuera de la consideración del juez y de su limitado lenguaje binario. Al fin y al cabo, el juez, que lo es de la legalidad, carece en tales supuestos de parámetros materiales directos con los que contrastar la actuación admi-

nistrativa. La tutela se desplaza hacia el procedimiento: si se han observado las reglas de participación y transparencia; si la decisión ha sido correctamente ponderada; si la Administración ha obtenido la información adecuada; si la ponderación ha sido suficiente; si ha entablado un diálogo real con los ciudadanos; etc⁶². Se concentra en el *cómo* ha decidido, no en el *qué* ha resuelto.

2. ¿UN NUEVO PARADIGMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?

La órbita gravitatoria que describía el procedimiento administrativo tradicional en torno al legislativo, ejecutivo y judicial parece desplazarse cuando nos encontramos ante los procedimientos del segundo tipo descrito, más próximos, en ocasiones, a los procesos normativos que a los procesos judiciales. La relevancia del procedimiento en tales casos resulta cualitativamente superior. La diversidad de *fin*es y *estructura* puede exigir una aproximación o análisis distinto.

Los procedimientos «aplicativos» y los «de innovación» parecen llamados a sustentarse sobre matrices conceptuales distintas. Los primeros –los procedimientos administrativos tradicionales– se han construido, como ha quedado dicho, de acuerdo con el molde del proceso civil y, en menor medida, del penal. Para los segundos, sin embargo, la dogmática procesal resulta abiertamente insuficiente, se revela insatisfactoria y ha de ser enriquecida, cuando no sustituida, por otras claves. Con el ejemplo propuesto, no se pretende ensayar una clasificación pura o exacta –de entrada, un mismo procedimiento administrativo podría presentar ambas dimensiones–, ni, menos aún,

62. *Ibidem*. La discrecionalidad ha de ser contemplada no ya sólo desde la perspectiva del control, sino de la acción. Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, cit.*, capítulo IV, núms. 38-42.

aislar las múltiples funciones que en virtud de otros tantos criterios clasificatorios puedan alumbrarse. Tan sólo quiere subrayarse que el procedimiento ocupa una posición estratégica en relación con los distintos poderes públicos y, en consecuencia, con las situaciones subjetivas del ciudadano. Y que esa relación puede modularse en virtud de la clase de procedimiento.

A la postre, el procedimiento administrativo es algo más que una secuencia de actos de autoridad encaminada al dictado de un acto o disposición, como pudo conceptualarlo en su tiempo la doctrina clásica (M. S. Giannini). Y aun cuando sea cierto que el procedimiento administrativo constituye «la forma de la función administrativa» (F. Benvenuti)⁶³, pues aquél no constituye una variable independiente de ésta, no ha de olvidarse, sin embargo, que la heterogeneidad de esas *funciones* es de tal magnitud que el uso instrumental que se haga del procedimiento administrativo habrá de correr en paralelo a ellas y traducirse, en última instancia, en estructuras bien distintas.

En términos más generales, parece obligado, en fin, prestar mayor atención a esa posición relativa que ocupa el procedimiento en el contexto de las relaciones funcionales que traban los poderes públicos entre sí. El procedimiento no constituye una pieza aislada. Antes al contrario, se localiza en el epicentro de las clásicas tensiones dialécticas que recorren la macroeconomía del sistema. Piénsese en el impacto que sobre el procedimiento produce de inmediato la concreta síntesis dialéctica que en cada tiempo y lugar se produzca entre estos polos o extremos contrapuestos:

– tutela preventiva a través del procedimiento, señaladamente en los supuestos en los que la ley no ha predeterminado la solución, antes que por medio de

63. «Funzione amministrativa, procedimento, processo», en *Rivista Trimestrale di Dritto Pubblico*, 1952, pp. 118 y ss.

una ulterior tutela judicial que poco puede oponer cuando el juez cuenta con escasos parámetros materiales con los que contrastar la acción enjuiciada;

– el procedimiento como fin y valor en sí mismo y con una consiguiente teoría de los vicios menos indulgente, en la medida en que constituya un foro o instrumento de creación del Derecho, de dirección política, o, por el contrario, concebido como mera técnica, adjetiva o subordinada al servicio de la aplicación del Derecho material, cuando no tenga otro objeto que aplicar al caso lo dispuesto por la ley;

– tutela judicial concebida como defensa de la legalidad subjetiva (derechos e intereses de los ciudadanos) o de la legalidad objetiva (con independencia de su repercusión sobre la esfera subjetiva), esto es, como tutela individual o como mecanismo de control de la Administración;

– etc.

Estas y otras formulaciones –en rigor, no contradictorias, ni excluyentes, como muestra el análisis comparado– no son sino simples ejemplos de la capacidad de síntesis que es capaz de expresar el procedimiento en cada caso. La dependencia o interacción funcional entre el proceso y el procedimiento, de un lado, y entre la ley y el procedimiento, de otro, representa un dato relevante, el marco en el que situar la sistematización de la institución. En suma, pues, la intensidad del control judicial, la forma de legislar y de programar la acción estatal y el modo de dirigir a la Administración guardan una relación directa con el procedimiento administrativo.

IV

EL ENTORNO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. FACTORES DE CAMBIO

SELECCIONAMOS, por justa convención, cinco factores de transformación y reforma –legislativa y de sistematización teórica– del procedimiento administrativo. Se trata de una disección ideal, puesto que, en realidad, se encuentran vigorosa e inescindiblemente entrelazados. La sociedad de la información, la privatización y actividad administrativa no formalizada, la europeización, o la globalización no son fenómenos que puedan contemplarse aisladamente.

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Las nuevas tecnologías de la información constituyen un instrumento para la modernización de la Administración, la racionalización del trabajo y la mejor comunicación con el ciudadano. Pero la sociedad de la información excede en mucho de la *tecnología*: representa una forma de *economía* y un tipo de *sociedad postindustrial* en la que el protagonismo de la producción y de la distribución de bienes parece desplazarse hacia una sociedad de servicios en cuyo centro se sitúa la obtención, procesamiento y distribución de *información*.

a) SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL CONOCIMIENTO COMO MODELO DE SOCIEDAD Y ECONOMÍA

Sociedad de la Información y del Conocimiento no es sin más sinónimo de «informatización» o de «digitalización», en lo que ahora importa, de la Administración pública. Entraña, desde luego, la incorporación de las nuevas tecnologías a su quehacer diario y una adaptación de viejos trámites, principios, técnicas o elementos al nuevo entorno (como sucede en el caso, por ejemplo, de la notificación electrónica). Las tecnologías de la información y del conocimiento permiten, si dejamos al margen el rigor de los conceptos, la creación de una «Administración electrónica», la construcción de un «gobierno electrónico» o la prestación de servicios públicos en red (por ejemplo, la obtención de una licencia o de un certificado; la presentación de la declaración de impuestos; etc.) y, aun más y a la postre, un nuevo diseño de Administración pública, con estructuras internas y formas de cooperación interadministrativas hasta ahora desconocidas.

Pero es mucho más que eso. O, por mejor decir, todo ello requiere un modelo, un concepto de Administración y, por consecuencia, una idea de Derecho Administrativo.

Significa ante todo que la información y el conocimiento se convierten, sea en el mundo corporal del papel o en el mundo incorporeal de los *bits* y *bytes*, en el eje de las relaciones entre la Administración y el ciudadano.

Significa que, cualesquiera que sean los medios técnicos o las infraestructuras por las que circule o se produzca la comunicación, se han de situar en el centro de gravedad de la teoría y de la praxis administrativa determinados bienes, valores y derechos, tales como: el acceso a la información administrativa; la libre circulación de información –sin menoscabo de la debida protección de datos

personales en manos de la Administración—; las libertades informativas; la igualdad de todos en el acceso a los bienes de la información; etc.

Significa la aparición de nuevas expresiones de viejos moldes y esquemas como la transparencia administrativa, la información pública o la participación; o de principios, como el de legalidad o de vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho (tal como, por ejemplo, propugna la teoría de la dirección).

O significa la convergencia con otros movimientos o tendencias actuales: la autorregulación regulada o la colaboración público-privado, nuevas fórmulas de organización administrativa, etc. En realidad, la evolución hacia un modelo o sistema de comunicación Estado-ciudadano más abierto, intenso y fluido constituye un proceso y un proyecto de nuestro tiempo, que en rigor está por encima de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento, aunque, sin duda, se vea fortalecido y facilitado por éstas. La sociedad de la información, concebida como modelo de una nueva forma de administrar, de una nueva Administración pública, se halla íntimamente entrelazada, en efecto, con tantos otros movimientos o tendencias coetáneos (la privatización y la cooperación Estado-sociedad; la globalización y la internacionalización de las relaciones administrativas; etc.).

Sociedad de la Información y Administración pública o, si se prefiere, el Derecho Administrativo de la Información, entendido en sentido amplio, entraña un nuevo modelo o proyecto, un paradigma, en suma, que, como tal, ha de recorrer y fermentar, transversalmente, la entera Teoría General del Derecho Administrativo.

Internet y las nuevas tecnologías, por decirlo en otros términos, no constituyen un sector especial (una política pública) o un simple método de trabajo de la Administración. Menos aún lo son la infor-

mación y la comunicación. Por el contrario, éstas representan la columna vertebral del nuevo Derecho Administrativo. Al fin y al cabo, la filosofía del procedimiento administrativo, la teoría del acto o de la organización, entre otras, se basan en el *papel* como soporte de la información; y el trasplante o transposición de los valores de la *Administración del papel* –de la cultura de la imprenta– al mundo incorporal de la acción administrativa electrónica demanda, sin duda, una reflexión científica, un proyecto político⁶⁴. El gobierno electrónico y la prestación de servicios en red; el acceso a la información administrativa; la protección de datos en el ámbito público; o la comunicación con la Administración a través de las redes no son cuestiones que vayan a llegar por sí solas de la mano de la técnica⁶⁵, sino que requieren de una honda reflexión sobre el modelo de Administración pública y, en consecuencia, sobre el Derecho Administrativo en su conjunto⁶⁶.

Nótese, por citar un solo aspecto, que esa regulación ha de llevarse a cabo mediante el software, y no sólo a través de normas escritas al viejo estilo regulador⁶⁷. El software puede crear mundos diferentes⁶⁸; encierra un enorme poder de configuración y regulación. De ahí que, como factor relevante para el Derecho, no pueda resultar indiferente al procedimiento administrativo. La programación

64. Para un contexto más amplio, puede verse mi trabajo «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40 (2000), pp. 25-76.

65. Con carácter general e introductorio, *vid.* la conocida obra de LESSIG *Code and Other Laws of the Cyberspace*, 1999, así como su actualización *Code versión 2*, en www.lessig.org).

66. Cfr. *Prólogo* a la obra de E. GUICHOT, *Datos personales y Administración pública*, Thomson – Cívitas, 2005, p. 16.

67. *Vid.*, por todos, el trabajo, L. LESSIG, *Code and other Laws of the Cyberspace*, cit.

68. V. gr., M. Ethan KATSH, utiliza el concepto de «mundos del software», en *Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace*, University of Chicago Legal Forum, 335 (1996).

informática de que haga uso la Administración presenta una indudable vertiente procedimental, cuyas líneas maestras debieran incorporarse a las modernas leyes de procedimiento. Los riesgos de manipulación y de falta de transparencia de la comunicación electrónica habrán de conjurarse mediante una adecuada selección del software a través de técnicas jurídicas *ad hoc*⁶⁹. La opción por un software u otro (software libre; software de entorno amigable; software que prima la intimidad sobre la identificación o a la inversa; etc.) es una cuestión esencialmente política, con evidentes efectos regulatorios.

b) LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA FUNCIÓN INSTRUMENTAL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Dicho esto, no cabe tampoco olvidar que el estado actual de las tecnologías de la información y del conocimiento constituye el presupuesto necesario para abrir todo un conjunto de opciones y alternativas. De entrada, es cierto que la interiorización de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento en el seno de la Administración –la primera y más emblemática dimensión de la sociedad de la información– es susceptible de modificar la faz de las relaciones tradicionales entre el ciudadano y la Administración, en general, y la estructura del procedimiento administrativo, en particular.

Por ejemplo: solicitudes y notificaciones electrónicas; firma digital; prestación de servicios en red; realización de transacciones completas entre el ciudadano y la Administración en el seno de la red; relaciones interadministrativas en el

69. Apunta E. SCHMIDT-ASSMANN que en el futuro podría establecerse una obligación de documentación en relación con la programación para evitar esos peligros (cfr. *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), p. 434). En igual sentido, GABRIELE BRITZ, *Reaktionen des Verwaltungsverfahrenrecht auf die informationstechnischen Vernetzungen der Verwaltung*, en W. HOFFMANN RIEM / E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19) p. 276.

ámbito nacional e internacional para la tramitación de procedimientos complejos o escalonados en los que participen diversas Administraciones; nuevas fórmulas de organización interna y de modo de trabajo para la resolución de los procedimientos; nuevos mecanismos de participación efectiva (consultas más amplias, informaciones públicas sobre proyectos de planeamiento territorial, basadas en tecnologías de simulación y de tres dimensiones; etc.); cooperación más intensa entre la sociedad y la Administración en el curso del procedimiento (intercambio de información...); etc., etc.

La tecnología puede inducir efectos multiplicadores sobre la cultura, el estilo y la forma de concebirse a sí misma la Administración. No ha de olvidarse que los efectos y potencialidades de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento suelen sobredimensionarse a corto plazo y minusvalorarse en el largo plazo.

c) LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El debate sobre la sociedad de la información –como revolución que trasciende la simple adaptación e implantación de las nuevas tecnologías– ha de comenzar por la misma legislación de procedimiento. La tradicional estabilidad de la legislación general (en nuestro caso, de las dos leyes de cabecera, de 1958 y 1992, con muy escasas reformas) resulta sorprendente si se contrasta con el dinamismo de los sectores especiales del Derecho Administrativo. Ello trae como consecuencia inevitable la obsolescencia de algunas de sus previsiones y esquemas en lo que hace al sistema de comunicación entre la Administración y el ciudadano. La legislación general de procedimiento, como ya notábamos, no ha contemplado fórmulas de comunicación permanentes, ya que el modelo procesal estaba dirigido esencialmente al dictado de resoluciones singulares. De ahí que la fase de instrucción –de obtención de información– se haya construido sobre el principio de oficialidad, en lugar de articularse sobre el principio de

colaboración informativa con la sociedad⁷⁰. La legislación clásica de procedimiento, en fin, no satisface los requerimientos prácticos, ni las necesidades actuales, sentidas desde tantas políticas públicas, de una rápida y eficiente obtención de información (sectores científico y tecnológico; medio ambiente; sanidad pública; urbanismo; etc.). Ha quedado desbordada por la realidad⁷¹.

70. Por ejemplo, son relativamente pocas, en España como en otros países, las normas atinentes a la obtención, tratamiento o procesamiento de la información en la legislación general de procedimiento (de «instrucción del procedimiento» habla la Ley 30/1992). Pero por encima de ello la cuestión fundamental es que esas reglas se caracterizan por obedecer a un tipo concreto de procedimiento administrativo: el que, sustancialmente, tiene por objeto el dictado de un acto de gravamen o restrictivo de derechos. Se basan, en efecto, en un esquema de comunicación, en realidad limitado a contactos puntuales, dentro de un marco un tanto formalizado y rígido (medios de prueba; alegaciones; o información pública, con frecuencia practicada como un requisito pro forma con escasa incidencia real y sustantiva en la decisión finalmente adoptada, etc.); con un tono ciertamente paternalista (los actos de instrucción, dice el art. 78 de la citada Ley, «se realizarán de oficio...»); y que, por lo demás, no han llegado a incorporar lo que con naturalidad se experimenta en determinados sectores especiales, en donde la carga y la iniciativa de la información se ha desplazado hacia los interesados o donde se han diseñado nuevas formas de participación, consenso y diálogo (por ejemplo, en el caso de la evaluación estratégica ambiental, etc.). La legislación general no distingue entre la iniciación de oficio o a instancia de parte, a estos efectos. Ni tiene en cuenta tampoco que buena parte de la información de interés se encuentra en manos de los interesados.

71. Paradójicamente, cuando falta ese debate y esa comprensión más profunda o panorámica de la sociedad de la información, los textos legales que se avanzan sobre «Administración electrónica» no son más que una mera transposición del procedimiento de papel, en su (obsoleto) estado actual, a un procedimiento electrónico, o, si se prefiere, a la inversa, una simplista incorporación de nuevas tecnologías al trabajo administrativo. Y así, por ejemplo, no faltan propuestas en las que la información pública no es otra cosa que un trámite en el que las alegaciones se remiten o vierten electrónicamente, en lugar de consistir en una nueva forma de entender el resultado final de un proyecto de planeamiento territorial, con la ayuda de los programas de simulación; o en los que el procedimiento electrónico tipo sigue siendo un procedimiento «de autoridad», para el dictado de un acto singular, con olvido y menoscabo de otras muchas formas de comunicación. En definitiva, procedimientos, electrónicos o no, en los que la comunicación, el intercambio de información, sigue sustentándose sobre los viejos principios y paradigmas, sin redefinición alguna.

Junto a la falta de reflexión y de comprensión del fenómeno en lo que hace a la Admi-

El creciente intercambio de información en y alrededor del procedimiento administrativo constituye uno de los signos de nuestro tiempo⁷². La legislación de procedimiento debiera asumir los principios generales y comunes que definan ese sistema.

Frente a la antigua concepción que ponía el acento en la resolución final, en el producto formal de un procedimiento esencialmente bilateral, la doctrina más moderna, desde los postulados o presupuestos del Derecho Administrativo de la Información⁷³, se centra en su dimensión informativa, en el intercambio de información. 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 pro-

nistración pública, es de destacar una segunda simplificación, la consistente en identificar la «sociedad de la información» con la «actividad comunitaria» en este ámbito, con lo que hace y dice la Dirección General correspondiente de la Comisión europea, desconociendo que la Unión Europea no agota todas las dimensiones de la sociedad de la información, porque, entre otras consideraciones, sus competencias son limitadas (y más aún en punto a cuestiones nucleares del Derecho Administrativo de la Información).

72. Cfr. Vosskuhle, en HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrecht der Informationsgesellschaft*, 2000, p. 365.

Piénsese 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. Para una mejor comprensión de su filosofía, véase el *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones*, de 30 de abril de 2004. COM (2004) 327 final).

En ese contexto, han de entenderse las reglas de procedimiento de contratación que regulan la igualdad entre los medios electrónicos y los tradicionales; las comunicaciones y los intercambios de información; la subasta electrónica; etc.

73. *Vid.* sobre el tema E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit., núm. 6/3 y ss.

ducen entre el ciudadano y la Administración o entre Administraciones diferentes⁷⁴. En otras palabras: si se tiene en cuenta que el moderno Estado no sólo hace uso de instrumentos *reguladores*, sino de una variada gama de medios *indirectos* (es un Estado que informa; que coopera; que hace de intermediario; que dirige el mercado a través de la información sobre el producto; etc.), es necesario que el procedimiento administrativo, visto con la suficiente perspectiva, constituya un sistema de acción de carácter interactivo entre la Administración y el ciudadano o entre diversas Administraciones públicas; o, lo que es lo mismo, un conjunto de actuaciones articuladas conforme a un plan y cuyo objeto reside en la obtención y el procesamiento de información⁷⁵; para producir una resolución racional basada en la comunicación⁷⁶. Los eslabones del procedimiento no son, desde esas premisas, sino información, comunicación e interacción⁷⁷.

Las leyes de procedimiento han de abrirse progresivamente a esa realidad y regular las relaciones entre la Administración y los interesados en punto al intercambio de información. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que la Administración asesore e informe al ciudadano con carácter previo a la iniciación del

74. 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., p. 358; F. SCHOCH, *Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht*, DV, vol. 25 (1992), pp. 1 y ss.

75. Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, «El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana», en J. BARNES (coordinador), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Cívitas, Madrid, 1993, p. 318.

76. La expresión es de DENNINGER y la tomo de A. ROSSMAGEL, «Möglichkeiten für Transparenz und Öffentlichkeit im Verwaltungshandeln – unter besonderer Berücksichtigung des Internet als Instrument der Staatskommunikation», en la obra colectiva citada *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, HOFFMAN-RIEM & SCHMIDT-ASSMANN (editores), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2000, pp. 257-332, 257-264.

77. A. ROSSMAGEL, ob. cit. (nota anterior), pp. 264-265, donde se pueden ver las referencias del texto.

procedimiento; o en la introducción de nuevas formas de comunicación, como las mesas redondas o conferencias plenarias en las que participen los interesados; etc. No faltan propuestas para mejorar la cooperación de carácter informativo de cara a la fijación de los elementos fácticos que hayan de traerse al procedimiento (por ejemplo, a través del establecimiento de determinadas obligaciones de informar, de anuncio o de comunicación por parte de la Administración; o bien con la introducción de la figura del mediador o «manager» del procedimiento; con una mejor regulación de la información que facilitan los expertos externos a la Administración; etc.)⁷⁸. La legislación general ha de acoger igualmente aquellos sistemas de comunicación estable y permanente (por ejemplo, la auditoría ecológica de las empresas, así como la validación y la verificación, son periódicas).

El Derecho Administrativo de la Información ha devenido, en fin, en un Derecho omnipresente, no en algo adjetivo para el procedimiento administrativo⁷⁹. En un sentido más amplio que el tradicional, el procedimiento habrá de convertirse en una suerte de marco en el que tengan lugar las relaciones de comunicación entre el Estado y el ciudadano⁸⁰.

78. *Vid.*, por ejemplo, la síntesis que ofrece A. VOSSKUHLE, «Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren», en W. HOFFMANN-RIEM / E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), pp. 344-345.

79. Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), p. 434.

80. R. PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, pp. 401 y ss.

2. LA PRIVATIZACIÓN, LA COOPERACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO

Al nuevo Derecho Administrativo le preocupa no ya sólo reestructurar el procedimiento administrativo para adaptarlo a las nuevas exigencias dimanantes de la privatización y de la cooperación, sino establecer y configurar un nuevo procedimiento privado, al que deban sujetarse los actores sociales cuando desempeñan actividades de interés general.

a) PRIVATIZACIÓN Y COOPERACIÓN: DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO AL PROCEDIMIENTO PRIVADO

La remisión al Derecho privado y la satisfacción compartida del interés general a cargo de la sociedad en determinados sectores (medio ambiente, ingeniería genética, sector agroalimentario y farmacéutico, telecomunicaciones, energía, etc.) obliga a la creación de procedimientos y de organizaciones específicas, de carácter público y privado. El paso del *Estado prestador* a *Estado garante*, que preside determinados ámbitos, no supone una retirada del Estado o el alumbramiento de un Estado minimalista. La liberalización o la privatización entrañan, por el contrario, una constelación de entidades públicas, privadas y mixtas más compleja que antaño y nuevos sistemas de relación, de procedimientos compuestos, privados y públicos con funciones renovadas⁸¹.

La transferencia al sector privado de la responsabilidad para obtener la información necesaria y autocontrolar la generación de esa información en el

81. Para una visión panorámica, me remito a mi trabajo de carácter puramente introductorio, «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40 (2000), pp. 25-76, y la bibliografía allí citada.

campo de las auditorías ecológicas, por ejemplo, no supone el abandono o la huida del Derecho Administrativo, aunque suponga, eso sí, un reparto de tareas o responsabilidades distinto. En lo que aquí interesa, la cooperación demanda el establecimiento de equivalentes funcionales del procedimiento administrativo en el seno de un procedimiento para los operadores privados, en la búsqueda de normas que garanticen la neutralidad, la transparencia, la participación, la fiabilidad y la calidad de la información, etc.

El establecimiento de un procedimiento privado no supone, en efecto, el trasvase de las categorías del procedimiento administrativo al esquema del Derecho privado, sino más bien el diseño de fórmulas que resulten funcionalmente homologables⁸². Neutralidad, objetividad, igualdad de oportunidades, participación de los interesados o transparencia son valores susceptibles de expresarse en múltiples formas. Lo fundamental consiste en garantizar el resultado. Así, las consultas a expertos en ámbitos como la ingeniería genética, la investigación tecnológica, la sanidad o el Derecho, entre tantos otros, habrían de sujetarse a garantías procedimentales, tales como la exigencia de la suficiente cualificación personal, la independencia de los intervinientes y la fiabilidad del método, la calidad del producto final, la transparencia y accesibilidad a los estudios o informes evacuados, etc.

La proyección de los valores de la legislación de procedimiento administrativo sobre el sector público privatizado –en definitiva, sobre aquellos sujetos privados que se encuentran involucrados en actividades de interés general– constituye una de las naturales consecuencias del fenómeno de la privatización. Es la *ley* la que ha de decidir qué sector, área o actividad es de interés general y los requerimientos a los que haya de someterse el sujeto privado, con independencia de la razón que invoque o el fundamento próximo en que se apoye en cada caso (bien sea porque estime que los destina-

82. Para un análisis en profundidad, *vid.* M. BURGI, «Die Funktion des Verfahrensrechts in privatisierten Bereichen. Verfahren als Gegenstand der Regulierung nach Verantwortungsteilung», en W. HOFFMANN-RIEM / E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), pp. 155 y ss.

rios de la actividad se han de ver afectados en su condición de ciudadanos y no sólo como consumidores o usuarios; bien sea porque el operador privado ejerce un poder desproporcionado sobre el individuo; bien porque pretende preservarse la apertura del mercado para garantizar una adecuada autorregulación; o porque se trate de una actividad o sector determinante; etc.)⁸³.

Por ejemplo, la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre *procedimientos* de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, representa un ejemplo elocuente de transposición de los criterios de la contratación pública, señaladamente en punto a la publicidad y selección del contratista, al procedimiento de contratación privada. Aquí, el legislador comunitario y nacional invocan el interés público de estos sectores (cfr. Exposición de Motivos de la Ley) para aplicar a todos los operadores, con independencia de su procedencia pública o privada, unas garantías comunes en lo que hace a la no discriminación y concurrencia y la consiguiente apertura de los mercados. La norma comunitaria ha sido renovada por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, para abundar en los criterios de publicidad y transparencia en la adjudicación de los contratos por parte de las entidades sometidas a su ámbito.

Uno de los retos que la ciencia jurídica contemporánea ha de afrontar consiste precisamente en la construcción de una teoría del procedimiento privado, es decir, un procedimiento de los sujetos privados que ejercen actividades de interés general⁸⁴, a través, en reali-

83. Sobre el planteamiento en EE.UU. véase, por ejemplo, A.C. AMAN Jr., «Privatization and The Democracy Problem in Globalization: Making Markets More Accountable Through Administrative Law», 28 *Fordham Urb. L.J.* 1477 (2001).

84. W. HOFFMANN-RIEM, «Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven», en W. HOFFMANN-RIEM & E. SCHMIDT-ASSMANN (editores), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1996, p. 319.

dad, de un conglomerado de normas de Derecho público y de Derecho privado en recíproca interacción⁸⁵. Perspectiva y tratamiento que también se extiende a los procedimientos de elaboración de normas privadas (reglas y estándares técnicos; valores límite; etc.), puesto que, aunque basadas en la autorregulación y en los conocimientos científicos y tecnológicos, no dejan de expresar opciones políticas, según los casos, sobre el nivel de seguridad pretendido, el riesgo asumible, la prelación o ponderación de intereses, etc., que en un Estado de Derecho no pueden quedar abandonadas en manos de los expertos o científicos, ni en poder de la industria afectada⁸⁶. En ese sentido, parece oportuna una estructura escalonada: una fase en la que se analicen los datos y elementos decisorios suministrados por los expertos y científicos y otra ulterior en la que se seleccionen las alternativas u opciones de carácter político y valorativo⁸⁷.

Algunos ejemplos y problemas:

– El ámbito tecnológico y científico representa un campo de cooperación público-privado de singular relevancia. Es de interés general que el estado de la ciencia y de la tecnología en cada momento responda a unos estándares de calidad y fiabilidad. Para la Administración, porque ha de decidir, por ejemplo, si aprueba o no la comercialización de un determinado producto farmacéutico; para el sector privado, porque ha de establecer normas o estándares técnicos para la prestación de servicios o la fabricación de un producto, etc. El procedimiento habrá de preocuparse, según los casos, por asegurar la calidad y consistencia de los conocimientos que se generen; materializar determinados valores; traducir en realidad la imparcialidad y pericia de los expertos; la neutralidad en su elección; etc. A ese propósito, las normas de procedimiento (privado) habrán de garantizar, por ejemplo, la transparencia en todas las fases (obtención y procesamiento de la

85. Por ejemplo, E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit., pp. 283-285.

86. Sobre el tema, en español, *vid.* W. HOFFMANN-RIEM, «La reforma del Derecho Administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental», en DA, núm. 234 (1993), pp. 66-67.

87. Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit., p. 138.

información; toma de decisiones; etc.); la participación real de los interesados; o la motivación efectiva; etc.

– La calidad de la información constituye un elemento esencial para el sector privado (entidades certificadoras de productos o de firma electrónica; auditoría medioambiental o de protección de datos; etc.). La calidad genera confianza y seguridad y es un bien a tutelar. Las normas de procedimiento han de contribuir a garantizarla. Formalmente, el sometimiento de una empresa a la auditoría es voluntario. En la práctica, sin embargo, y en la medida en que constituya un presupuesto real para acceder a un determinado mercado o para participar en un procedimiento competitivo, por ejemplo, se transforma en algo obligado. Por ello, las actividades certificadoras han de estar sujetas a normas de control, transparencia y participación, esto es, a normas de procedimiento.

– La configuración del procedimiento dependerá, entre otros factores, del uso que en cada caso se haga de los conocimientos técnicos y científicos y de sus efectos, y en virtud también del grado de privatización. Nótese, por ejemplo, que el establecimiento de normas y estándares técnicos o científicos puede llevarse a cabo a través de entidades privadas que decidan con entera autonomía (asociaciones); o bien por entidades privadas que actúen bajo el régimen de autorregulación regulada (asociaciones privadas en las que interviene el Estado como garante último); o por medio de entes públicos que utilicen concretos elementos de la autorregulación (por ejemplo, participación privada de comités o grupos de expertos en los procedimientos *administrativos* de elaboración de normas). La fórmula o modo de control estatal tendrá, asimismo, trascendencia, por tanto, en la conformación del procedimiento privado, según se trate de fiscalizar la organización; el procedimiento de toma de decisiones; la motivación; o la transparencia y publicidad, entre otros extremos⁸⁸.

88. W. HOFFMANN-RIEM, «Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven», en W. HOFFMANN-RIEM & E. SCHMIDT-ASSMANN (editores), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1996, pp. 320-322.

b) LA COOPERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DEL PROCEDIMIENTO PRIVADO

La privatización de funciones no entraña *per se* la separación de la esfera privada y pública. No significa el abandono de la actividad al sector privado. Por el contrario, la «externalización» o privatización supone una redefinición de las tareas que ha de asumir el Estado y la sociedad y trae consigo, de ordinario, la idea de cooperación, de actuación conjunta, en la que el Estado, cuando menos, se reserva la función de control y de garante último⁸⁹. La frontera entre la esfera de «responsabilidad pública» y de «responsabilidad privada», por utilizar los conceptos provenientes de las ciencias políticas, no es en modo alguno una fractura o una falla, el punto de separación, sino precisamente el lugar de encuentro y de puente entre el Estado y la sociedad, el espacio donde tiene lugar la colaboración público-privada. El Derecho Público y el Derecho Privado se *complementan* en la consecución del interés general.

Cada parte del ordenamiento jurídico (Derecho Público y Derecho Privado) aporta lo mejor de sí misma para una regulación complementaria al servicio del interés general: por ejemplo, a la certificación de productos sujeta al Derecho Privado, se le añade el sistema jurídico-público de acreditación del proceso de certificación.

El grado y alcance de corresponsabilidad procedimental habrá de expresar, consiguientemente, la corresponsabilidad material que en cada sector se haya establecido (medio ambiente, normas técnicas, etc.).

Así sucede, por ejemplo, con la iniciativa privada de propuesta en el marco del procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico; las formas de

89. *Vid.* la síntesis de E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit., pp. 302 y ss.

participación ciudadana en los planes o programas relacionados con el medio ambiente⁹⁰; etc.

La colaboración es susceptible de proyectarse sobre todas las fases del procedimiento, aunque son las de iniciación e instrucción las que más virtualidades ofrecen⁹¹.

En ocasiones, la cooperación demanda procedimientos administrativos que no concluyan con el dictado de un acto, que no se agoten con una prestación, sino que se estructuren en forma de relación continuada para el cumplimiento de funciones y tareas de un alcance más duradero.

La legislación general de procedimiento tiene mucho que hacer en este terreno⁹². Del mismo modo que la codificación del procedimiento ha recogido tradicionalmente la teoría general del acto admi-

90. Por ejemplo, art. 17 de la Ley 27/2006, de acceso a la información; arts. 7 y ss. de la Ley 9/2006, sobre evaluación estratégica ambiental; etc.

91. Sobre esta cuestión, respecto del Derecho alemán, se ocupó en el segundo volumen de la serie de reforma, F. SCHOCH, *Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität*, en W. HOFFMANN-RIEM / E. SCHMIDT-ASSMANN (editores), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, pp. 224-230.

No faltan propuestas de reforma de la legislación de procedimiento para introducir nuevas reglas sobre la celebración de convenios, contratos y, más ampliamente, para disciplinar el fenómeno de la colaboración público-privado, etc., puesto que la concepción actual resulta estrecha. Es necesario renovar los criterios legales que permitan, por ejemplo, la eficaz selección del contratista, colaborador o firmante del convenio; asegurar un marco de colaboración estable; garantizar que la prestación sea de alta calidad y satisfaga unos estándares mínimos; renovar la teoría de los vicios y apostar por la flexibilidad de las fórmulas de reparación; adelantar la participación (información pública, etc.) a la fase previa de elaboración del convenio; crear órganos de conciliación previos a la jurisdicción; etc.

92. Sobre el debate en Alemania y los intentos de regulación, *vid.* la síntesis que ofrece E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), pp. 435-439.

nistrativo, así también podrá hacerse con la teoría general de la colaboración público-privado⁹³.

c) ¿FRENAR LA «HUIDA» O COLABORAR CON EL DERECHO PRIVADO?

A resultas de cuanto antecede, y por decirlo en forma gráfica, la cuestión no ha de plantearse en términos de «huida», sino de *alumbramiento de nuevas categorías*, de Derecho Público y Privado, en las que se sinteticen los valores que el Derecho Administrativo tradicional ha consolidado a lo largo del tiempo. Expresiones como la «huida del Derecho Administrativo» o la «huida al Derecho privado», acuñadas en la primera posguerra europea (F. Fleiner), poco aportan cuando se limitan a denunciar la pérdida de sujeción a las herramientas y garantías del sistema administrativo clásico. Habrían de ser sustituidas en el presente siglo por otras que reflejen la realidad de las cosas y la necesidad de condicionar ese movimiento. Se trata de inocular los valores del Estado de Derecho y del principio democrático en las técnicas jurídicas, sean públicas o privadas. El recurso –constante y sistemático desde hace décadas– al Derecho Privado no es fundamentalmente un problema de *legitimidad*, sino de *colaboración e interacción recíproca* entre el Derecho Público y el Derecho Privado, señaladamente en parcelas tan centrales como la organización y el procedimiento. No es un problema de huida, sino de transposición y, por consecuencia, de «vuelta» o «retorno» de viejos valores en formas renovadas. La cuestión no reside en el «si» sino en el «cómo».

El Derecho de la Administración no es sólo Derecho Público. Es

93. Una breve exposición de las recientes propuestas sobre la concreta regulación que esta materia habría de merecer en el caso alemán, en E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), pp. 436-438.

también, y en una medida en modo alguno marginal, *Derecho Privado*⁹⁴. El sometimiento de la Administración pública al Derecho Privado ha de ocupar un lugar más destacado en los manuales y tratados.

3. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA INFORMAL

Muchas de las actividades que realiza la Administración no se someten a regla alguna de procedimiento y además carecen de carácter imperativo, no nacen con la pretensión de obligar.

Tal podría ser el caso, por ejemplo, de la celebración de determinados acuerdos preliminares; de la prestación material de ciertos servicios; de la información que la Administración facilita a los ciudadanos (en materia de consumo; salud pública; etc.); de la información que recibe la Administración de instancias sociales, académicas o científicas; de las recomendaciones o consejos; etc.

En Estados Unidos⁹⁵, en Alemania⁹⁶ o en Japón⁹⁷, por ejemplo, se denominan estas actuaciones «acciones administrativas de carácter informal» o

94. Véase la parte primera del primer capítulo de la presente obra.

95. Sobre los procedimientos informales de elaboración de reglamentos, baste, a nuestro limitado propósito, la referencia realizada más arriba en el epígrafe segundo del presente capítulo.

96. La acción administrativa informal puede consistir tanto en actuaciones materiales o físicas (la reparación de un muro por un empleado público; la conducción de un coche oficial; etc.), como en decisiones que carecen de contenido regulador o vinculante (deliberaciones, negociaciones, acuerdos, etc.). Se dan con más frecuencia en el ámbito de la economía y del medio ambiente. Cfr. H.-U. ERICHSEN – D. EHLERS (editores), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter Recht – Berlin, 2006, § 16, 3; § 36, 5.

Desde el punto de vista dogmático, la acción administrativa no formalizada (*informelle Verwaltungshandeln*) se incardina dentro de la teoría de la acción administrativa y constituye una categoría bien conocida y con expresa recepción en la Ley de Procedimiento Administrativo, la VwVfG, en cuyo artículo 10 se dispone, bajo el rótulo o epígrafe «la no formalización del procedimiento administrativo», que «el procedimiento administrativo

«no formalizadas», en contraste con aquellas otras que, como el acto o la disposición administrativa, el contrato o el plan, están condicionadas a unas complejas normas de elaboración.

Pese a su denominación por oposición a los instrumentos «formalizados», lo relevante no es tanto que determinadas actuaciones carezcan de una forma cerrada, como que no poseen carácter vinculante⁹⁸. Dejando ahora al margen otras muchas cuestiones que estas categorías suscitan⁹⁹, ha de subrayarse la conveniencia de que una moderna teoría del procedimiento, primero, reconozca su existencia y, segundo, establezca las coordenadas en las que enmarcar el tema, acaso en un punto intermedio entre la formalización –léase, «procedimentalización»– de esta clase de actuaciones y el absoluto silencio legislativo. Los efectos asociados al procedimiento administrativo tradicional –como la generación de imparcialidad, de neutralidad e inde-

no se encuentra sujeto a ninguna forma concreta de actuación, salvo que una disposición expresa disponga lo contrario. Ha de procederse con sencillez, de conformidad con la finalidad establecida y con celeridad».

97. Es la llamada *administrative guidance*, en inglés (*gyōsei shidō*). Se trata de directivas (guías, recomendaciones, sugerencias, advertencias, consejos; etc.) de la Administración y sus agencias, que carecen de valor vinculante (art. 32-36 de la Ley 83 de 1993). Un altísimo porcentaje de la actividad administrativa se somete a ese sistema, si bien adolece de una cierta falta de transparencia porque esas indicaciones no se hacen por escrito habitualmente. La Administración japonesa aprueba normas y reglamentos por medio de procedimientos formales cuando se trata de desarrollar las leyes. No puede actuar, en cambio, como regulador si no cuenta con autorización o base legal. Lo que sí puede hacer es recurrir justamente a la actuación informal, en particular cuando se relaciona con el mundo económico y financiero.

98. Ahora bien, cuando en sus efectos previsibles la acción administrativa informal –como la información que facilita la Administración en tantas ocasiones– pueda asimilarse a la intervención administrativa dotada de autoridad (por ejemplo, a la consistente en una orden o prohibición) habrá de sujetarse a requisitos de forma y procedimiento (actos de instrucción para la averiguación de los hechos; audiencia; etc.). Sobre este punto, *vid.* E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit., p. 335.

99. Para una síntesis en español, puede verse E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit., pp. 332-338.

pendencia; la salvaguarda de la ponderación de los intereses en presencia para evitar la unilateralidad o la pobreza de información en el proceso decisorio; etc.— resultan aún más acuciantes en el nuevo escenario de la privatización y de la cooperación. La transparencia, la igualdad de oportunidades o el acceso imparcial a la información son valores que han de presidir la acción administrativa no formalizada. La identificación de principios o criterios de procedimiento *funcionalmente equivalentes* a los propios de los procedimientos formalizados parece una aproximación certera¹⁰⁰.

4. LA COOPERACIÓN Y LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU CONVERGENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La europeización del Derecho, y la del Derecho Administrativo en particular (no ha de olvidarse que el Derecho europeo y el Derecho nacional europeizado es, en esencia, *Derecho Administrativo*), supone no ya sólo la aparición de nuevas normas en el horizonte, sino también y sobre todo el surgimiento de nuevos *conceptos* de normación y de dirección, que no siempre encajan en la tradición jurídica de los Estados miembros¹⁰¹. De ahí que la europeización deba ir acompañada igualmente de una adecuada reforma del Derecho Administrativo¹⁰². Su futuro diseño habrá de nutrirse tanto de las exigencias prove-

100. W. HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), p. 54.

101. Véase, por ejemplo, la referencia al procedimiento de evaluación estratégica ambiental.

102. W. HOFFMANN-RIEM, «Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts – Perspektiven der Systembildung», en E. SCHMIDT-ASSMANN / W. HOFFMANN-RIEM, *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 319.

nientes de la Unión Europea, como de las tradiciones nacionales, pues no se trata de reducir a unidad todas las instituciones o estructuras del Derecho Administrativo, sino más bien de hallar la *compatibilidad* de todos los niveles y la capacidad de cooperación entre el Derecho Europeo y el Derecho Administrativo nacional¹⁰³. El Derecho Administrativo Europeo¹⁰⁴, entendido como «lengua común»¹⁰⁵ que han de hablar las Administraciones del espacio comunitario, y éstas con los ciudadanos, es antes una *función*, que una *codificación*¹⁰⁶.

No es sólo la *norma*, sino el *modo de ser* de la propia Administración lo que sufre una paulatina metamorfosis. Aunque la Administración comunitaria y las Administraciones nacionales no se confunden ni se disuelvan en una única organización cuando aplican el Derecho Comunitario, actúan, sin embargo, como estructuras o «mecanismos de cooperación»¹⁰⁷. El sistema aplicativo o de ejecución

103. *Ibidem*, pp. 319 y s.

104. Utilizamos la expresión en el sentido propuesto por E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General*, cit., capítulo VII *in totum*, esto es, como sistema comprensivo del Derecho Administrativo propio de la Comunidad, del Derecho Administrativo Comunitario (el Derecho Administrativo nacional comunitarizado) y el Derecho Administrativo de los Estados miembros.

105. J. BARNES, «Per una lingua comune europea del Diritto Administrativo», en el volumen colectivo *Il Diritto Amministrativo dei Paesi Europei, tra omogeneizzazione e diversità culturali* (a cura di G. Falcon), Cedam, 2005, pp. 369-374.

106. Sobre los frentes en los que se deja sentir esa influencia, véase E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), pp. 439-446; del mismo, *La Teoría General*, capítulo VII *in totum*. Sobre la aplicación directa e indirecta, centralizada y descentralizada, del Derecho Comunitario, y su vieja comprensión como dos esferas rígidamente separadas, véanse, entre otros, M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 1999 (2ª ed.), p. 305; E. SCHMIDT-ASSMANN, «Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts», en *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgerichts*, Carl Heymanns Verlag KG, 2003, p. 503; J. BARNES, «Procedimiento administrativo e integración europea», en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, magio-giugno 2004, pp. 1103 y ss.

107. Cfr. S. CASSESE, «Der Einfluss des gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsrechts auf die nationalen Verwaltungsrechtssysteme», *Der Staat*, vol. 33 (1994), p. 26.

del Derecho Comunitario se halla imbuido de las ideas de separación y vinculación; de individualidad y cooperación¹⁰⁸. Separación de Administraciones (nacionales y comunitaria) en el plano *organizativo*; colaboración de todas en el plano *funcional*. No ha de olvidarse que el Derecho Administrativo Europeo se nutre de diversos cuerpos normativos, aunque comunicantes¹⁰⁹.

El procedimiento administrativo nacional no es sólo una institución fuertemente afectada por el proceso de comunitarización a consecuencia de las exigencias establecidas en tantas normas (señaladamente, en las Directivas)¹¹⁰, o por la concepción comunitaria del procedimiento¹¹¹, sino, además, el lugar de encuentro –y, por tanto, de progresiva transformación– de la acción administrativa del espacio comunitario.

El Derecho Comunitario recurre con profusión al procedimiento administrativo, tanto en el seno de sus propias estructuras, cuanto, señaladamente, en la configuración de las distintas políticas públicas que impulsa. Las razones de este fenómeno hay que encontrarlas en factores de diversa índole:

– De un lado, porque resulta más fácil alcanzar el acuerdo sobre reglas de procedimiento y diferir el resultado a un momento ulterior, que hallar el consen-

108. E. SCHMIDT-ASSMANN, «Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts», en *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgerichts*, Carl Heymanns Verlag KG, 2003, p. 503.

109. S. CASSESE, «Il Diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/2003, p. 50.

110. Según E. SCHMIDT-ASSMANN, «actualmente el sector jurídico más influido por el Derecho Comunitario» (cfr. *La Teoría General*, cit., p. 368).

111. En el ámbito de la Unión Europea posee una significación y perfiles propios. Y ello no sólo por el hecho de que el Derecho Comunitario contenga más normas de procedimiento que de carácter sustantivo (piénsese, por ejemplo, en el Derecho Medioambiental), sino también porque se utiliza como instrumento de dirección de la Administración, con un valor político cualitativamente superior a la más limitada dimensión del procedimiento como mero cauce adjetivo al servicio del Derecho sustantivo.

so en torno a criterios materiales, abstractos y generales, con pretensiones de validez universal y atemporal en todo el espacio comunitario. En otras palabras, por que la heterogeneidad de ordenamientos jurídicos hace aconsejable la apuesta por estrategias de resultados y objetivos, esto es, de optimización, más que por programas de carácter condicional¹¹². La pluralidad, al fin y al cabo, de tradiciones, valores, normas y experiencias hace más arduo el acuerdo o la identificación de una única solución material «correcta», cualquiera que sea el ámbito sectorial (salud, seguridad, medio ambiente, etc.).

– De otro, tal fenómeno se explica asimismo por razones estructurales. Téngase en cuenta que las competencias fundamentales de la Unión tienen una vocación esencialmente finalista y dinámica (baste pensar en la consecución de un mercado único y de la unión económica y monetaria), lo que determina y condiciona un reparto de funciones con los Estados y unas relaciones entre ordenamientos sustentadas en la idea de la eficacia de cara a la obtención de ciertos niveles o estándares y el cumplimiento de los objetivos establecidos. A lo que se suma que la gobernabilidad y regulación de los sectores económicos más trascendentes resultan un tanto impermeables, según los casos, a criterios materiales y estables.

Un sistema de esas características requiere que las reglas de procedimiento adquieran una mayor sustantividad; llama a una profusa utilización de la institución, a falta de normas materiales; y pone el énfasis en la función directiva y legitimadora de las decisiones adoptadas en el seno de un procedimiento en el que participan las Administraciones competentes del espacio europeo y los interesados.

– Por razones políticas, en fin, cabe aún destacar que la filosofía de la privatización, de la colaboración y de la liberalización remite a mecanismos y fórmulas capaces de velar por el cumplimiento de la función de garante último que al Estado incumbe, esto es, a normas de procedimiento y a normas de organización.

112. En ello insiste W. HOFFMANN-RIEM, «Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts – Perspektiven der Systembildung», cit. (nota 102), por ejemplo, en pp. 341, 347, 349.

5. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ADMINISTRATIVAS Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo nacional habrá de ocuparse en los próximos decenios de los aspectos internacionales de la regulación¹¹³ y de las relaciones internacionales de las Administraciones públicas¹¹⁴. Numerosas decisiones y políticas con relevancia pública se adoptan desde hace décadas al más alto nivel, con la consiguiente proliferación de sistemas internacionales de carácter regulador, basados, bien en tratados internacionales; bien en redes transnacionales; o en acuerdos de reconocimiento recíproco¹¹⁵. Piénsese en políticas como la monetaria y financiera; las relativas a la sociedad de la información; la energía; el medio ambiente; la salud pública y alimentaria; las telecomunicaciones; Internet; el comercio mundial de bienes y servicios; la seguridad; el transporte; la propiedad intelectual; o la contratación pública; etc.

La gobernanza global, más allá de las fronteras nacionales, se traduce en la emergencia de un «espacio administrativo global» en el que operan organizaciones reguladoras de carácter intergubernamental; redes reguladoras informales; organizaciones nacionales que intervienen en el marco de una organización supranacional; organizaciones reguladoras híbridas; y reguladores privados que desarrollan funciones de particular relevancia pública¹¹⁶.

113. Vid. la síntesis de R. B. STEWART, «Il Diritto Amministrativo nel XXI secolo», en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 2004, n. 1, pp. 22 y ss.

114. E. SCHMIDT-ASSMANN, «Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen», *Der Staat*, 45 Band 1006, Heft 3315 y ss.

115. Cfr. R. B. STEWART, «U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?», en *New York University School of Law, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 13* (<http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/13>), publicado en papel en 68 *Law & Contemporary Problems* 7 (2005).

116. Para una introducción al tema, véase por todos B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. STEWART, «The Emergence of Global Administrative Law» (October 1, 2005), *New York*

Los mecanismos internacionales de regulación se mueven a nivel bilateral, regional y global. Las formas principales –y más básicas– son los mecanismos horizontales y los verticales. Los primeros implican la cooperación informal entre los órganos de regulación nacional para coordinar las decisiones y las prácticas a adoptar en sectores como la competencia, las telecomunicaciones, los productos químicos, o la seguridad en el transporte. Con ello se contribuye a reducir las barreras comerciales establecidas a nivel nacional; se facilitan las transacciones y el intercambio; y se intentan resolver los problemas de regulación transnacional, que exceden del ámbito doméstico (por ejemplo, el acuerdo de los reguladores nacionales para aceptar las respectivas normas de fabricación de un producto). Los mecanismos *verticales*, en segundo término, se incardinan en el marco de los tratados y son consecuencia de las normas internacionales propuestas a su amparo y de las organizaciones creadas para asegurar su efectividad (por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio, el Protocolo de Montreal o el Protocolo de Kyoto)¹¹⁷. Entre éstos dos modelos nacen fórmulas mucho más complejas¹¹⁸.

Se trata de procesos decisorios que no están controlados por el sistema de Derecho Administrativo nacional. Las medidas adoptadas a nivel supraestatal (en materia de telecomunicaciones; de seguridad del tráfico aéreo; etc.) pueden requerir de un acto interno de transposición (de conformidad con las reglas nacionales o de la respectiva organización), o bien resultar de aplicación directa.

Las críticas que se vierten ante este proceso –ya esgrimidas en otros momentos históricos respecto de las agencias independientes en EE.UU. antes de la aprobación de la Ley Federal de Procedimiento

University School of Law, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 17 (<http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/17>), p. 17; asimismo, *Global Governance as Administration – National and Transnational Approaches to Global Administrative Law*, B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWART & J. WIENER: <http://www.law.duke.edu/journals/lcp/articles/lcp68dsummerautumn2005p1.htm>.

117. R. B. STEWART, «Il Diritto Amministrativo nel XXI secolo», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2004, n. 1, p. 23.

118. *Ibidem*, pp. 22-23.

Administrativo (APA)– se resuelven en constatar, primero, que la ingente transferencia de poderes en beneficio de estos organismos, estén o no formados por expertos, no ha ido acompañada de la necesaria legitimidad democrática, ni de los correspondientes mecanismos de control jurídico; y, segundo, que sus procesos decisorios resultan opacos¹¹⁹.

En ese contexto, la cuestión fundamental radica en determinar qué elementos o principios del Derecho Administrativo resultan transferibles, y en qué forma, a la multiforme variedad de organizaciones e instituciones transnacionales e internacionales actuantes, tales como los valores o principios de transparencia y el acceso a la información; la participación en el proceso de toma de decisiones (información pública, alegaciones); la motivación razonada en diálogo real con las alegaciones vertidas; mecanismos de control, tanto de forma o procedimiento, como de fondo (la sujeción a principios materiales, como la proporcionalidad, etc.)¹²⁰. A lo que habría de añadirse, entre otros, la garantía de los derechos de los individuos directamente afectados; las fórmulas de cooperación interadministrativa o la asignación de responsabilidades entre los sujetos intervinientes.

Aunque no agote esta rica problemática, lo cierto es que el primer medio para resolver tal cuestión acaso consista en diseñar procedimientos decisorios que sean justos, transparentes y permeables al control. La inculcación de esos valores podría producirse desde arriba (mediante la incorporación en las normas de cabecera, en su caso, de los criterios pertinentes). O desde abajo: no sólo se trata de fijar los principios que han de regir la acción de esas organizaciones, sino también, y aun antes, de disciplinar la acción de la Administración

119. *Ibidem*, p. 25.

120. R. B. STEWART, «U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?», *ibidem*.

pública en las relaciones internacionales. Sin embargo, las leyes de procedimiento administrativo han prestado escasa o nula atención a las relaciones administrativas internacionales, con independencia de algunos incipientes tratamientos sectoriales¹²¹. Hasta época bien reciente había quedado fuera de su campo de observación el creciente fenómeno de la *internacionalización* de las relaciones administrativas, sea en el plano de la supranacionalidad (en nuestro caso, en el ámbito de la Unión Europea), sea en el terreno de la internacionalidad¹²².

No basta, en consecuencia, con teorizar la influencia del Derecho Administrativo Europeo sobre los sistemas nacionales de procedimiento; la interacción entre ambos niveles; o el nacimiento de principios y normas de procedimiento comunitarios, dimensiones éstas de las que sí se ha ocupado la doctrina en las últimas décadas. La globalización de la economía y de la sociedad exige introducirse, más allá de la supranacionalidad europea, en el plano internacional, explorar la interiorización de la cultura o culturas del procedimiento administrativo por parte de los entes y redes internacionales en sus múltiples actuaciones y más variadas especies, esto es, registrar en definitiva la interacción entre el nivel nacional y el internacional.

121. Véase sobre este tema el trabajo en versión española de E. SCHMIDT-ASSMANN, «La ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas», de próxima publicación en la *Revista de Administración Pública*, 2006, y las referencias puntuales que contiene al procedimiento. Asimismo, nota 114.

122. R. B. STEWART, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*, cit. (nota 115).

El reto ahora consiste, pues, como se ha notado, en identificar qué criterios del Derecho Administrativo y, señaladamente, del procedimiento resultan trasladables a cada organización, en qué medida y con qué adaptaciones. Y, asimismo, sobre qué planos o ámbitos ha de proyectarse y en qué forma: en la fase de elaboración y formación de la voluntad del Estado, en su caso; en el seno de la misma organización, con independencia de que participe o no directamente el Estado como tal; en la ejecución o aplicación de las medidas adoptadas; etc.

La influencia recíproca entre el mundo de las organizaciones que operan en el plano internacional y las Administraciones nacionales es evidente. De una parte, no faltan sistemas de regulación global que pretenden transformar el Derecho Administrativo nacional con la legítima finalidad de asegurar una más eficaz y coherente aplicación de las respectivas políticas sectoriales adoptadas más allá del Estado (de modo análogo a como hiciera la Comunidad Europea desde sus inicios), estableciendo estándares globales de obligado traslado a los sistemas internos de procedimiento administrativo¹²³. De otra, y a la inversa, las sociedades democráticas aspiran a sujetar ese conglomerado de organizaciones a principios procedimentales, capaces de sintetizar los valores inherentes al Estado *democrático* de *Derecho* (transparencia, participación, audiencia, motivación, etc.). No cabe duda de que es esta vertiente –de abajo hacia arriba– la que más trascendencia práctica reviste en estos momentos.

A este propósito, es necesario despejar los interrogantes esbozados (en esencia, cómo trasladar y en qué medida las piezas fundamentales del Derecho Administrativo a la internacionalidad) y con ellos determinar también la proporción y ajuste en cada procedimiento de las clásicas funciones a las que sirve la institución en los ordenamientos nacionales (garantía de acierto de la decisión y de tutela individual; de legitimación de la acción administrativa mediante la participación; de reparto y atribución de responsabilidades entre los órganos y entidades actuantes; control; etc.).

123. Así, por ejemplo, en el marco de la OMC, se han establecido procedimientos para resolver los desacuerdos comerciales en el marco del Entendimiento sobre Solución de Diferencias y se están desarrollando criterios que han de ser aplicados por los Estados miembros a nivel interno. *Vid.* J. della CANANEA, «Beyond the State: The Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law», 9 *European Public Law* 563 (2003). Asimismo, S. CASSESE, «Global Standards for National Administrative Procedure», 68 *Law & Contemp. Probs.* 109; asimismo, en <http://www.law.duke.edu/journals/lcp/articles/lcp68dsummerautumn2005p109.htm>.

Todo ello habrá de tener relevantes consecuencias sobre el entendimiento o sistematización del procedimiento, aunque sólo sea por el hecho de que esta herramienta haya de incorporar cualidades, contenidos y proyecciones nuevas, esto es:

- campos que colonizar en relación con el conjunto de organizaciones que actúan en el ámbito internacional;
- criterios respecto de la actuación de las Administraciones en red en el ámbito europeo;
- fórmulas de cooperación interadministrativa, horizontal y vertical;
- principios convergentes o equivalentes funcionales sobre la teoría del acto administrativo transnacional y de sus vicios;
- procedimientos compuestos en los que intervienen Administraciones diversas;
- cauces de entrelazamiento entre lo público y lo privado a través de «procedimientos administrativos» y «procedimientos privados»;
- gobernanza como método o proceso de decisión¹²⁴; etc.

En resumen, pues, no es difícil vislumbrar que las relaciones administrativas en el ámbito internacional habrán de contribuir, en interacción con los demás factores de transformación, a una renovada concepción del procedimiento administrativo. Un concepto abierto que se alimente de fuentes y sistemas diversos, de soluciones también heterogéneas, articulado, entre otros sedimentos, en la información y la comunicación, en la transparencia y la participación.

124. A título de ejemplo, en relación con la gobernanza de Internet, véase «Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance» (WGIG), Editado por WILLIAM J. DRAKE, pp. 254 y ss. Fuente: *The WGIG Book*, <http://www.wgig.org>.

Para mayor detalle, *vid.* el *Background Report*, señaladamente núms. 45 y ss., asimismo en <http://www.wgig.org>.

6. SÍNTEISIS

– Los movimientos registrados se resuelven y traducen en buena medida en normas de procedimiento, sean éstas de naturaleza administrativa (evaluación estratégica; elaboración de reglamentos; p. ej.), privada o mixta (auditoría ecológica). El procedimiento representa un punto neurálgico del Derecho Administrativo; polariza y atrae hacia sí muchos de los cambios y transformaciones.

– Los fenómenos apuntados obligan a una redefinición y reconstrucción *integradoras* del procedimiento administrativo. No se trata, pues, de plasmar fragmentariamente las nuevas exigencias¹²⁵, de adicionar las distintas perspectivas o estratos, como si de simples piezas sueltas o de meras actualizaciones se tratara, sino, más bien, de aceptar esos desafíos, desde un nuevo concepto de procedimiento, cualitativamente distinto¹²⁶. Por integración no ha de entenderse codificación. Lo relevante es una sistemática actual, un concepto vertebrador y coherente, capaz de aquilatar las distintas clases o grandes tipos de procedimiento en virtud de sus fines u objetivos¹²⁷; de mejorar el sistema de comunicación entre el ciudadano y la Administración¹²⁸; de potenciar la funcionalidad y eficacia de cada una de las piezas características del procedimiento.

125. Por ejemplo, mediante la regulación superpuesta de los procedimientos electrónicos o la introducción de normas de procedimiento a las que deban sujetarse los actores en el marco del servicio universal; etc.

126. Según E. SCHMIDT-ASSMANN, la cuestión reside en determinar si esos retos suponen un «cambio inmanente» de la teoría del procedimiento. *Vid. Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), p. 432.

127. Por ejemplo, distinguiendo entre procedimientos que tienen por objeto la aplicación de una norma material previa; frente a aquellos otros que pretenden crear Derecho, como un plan, un programa o un reglamento; etc.

128. Más allá de la simplista visión de los actos de instrucción, por ejemplo.

– Esa concepción *amplia* e integradora del procedimiento pasa por un «modelo de comunicación» que pueda sistematizar el flujo de información. Esta clave resulta comprensiva de los procedimientos administrativos tradicionales y de aquellos otros fenómenos que hasta ahora habían quedado fuera de la teoría general del procedimiento. Así, alberga, en primer lugar, procedimientos que recogen y procesan la información al servicio de la toma de decisiones, sean éstas de carácter unilateral, convencional o normativo (procedimientos administrativos decisorios). En segundo término, incorpora al concepto de procedimiento aquellas actuaciones administrativas de carácter material o prestacional que no pretenden el dictado de una resolución, sino la realización de una actividad material (por ejemplo, prestaciones asistenciales, actividades de mediación, etc.). Por último, le importan también aquellos otros procedimientos no estructurados legalmente y que consisten en relaciones y contactos de naturaleza informal (conversaciones previas, etc.)¹²⁹. Desde ese entendimiento es posible encarar los retos actuales a los que ha de dar respuesta el Derecho administrativo (el nuevo reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad; las nuevas formas de información y comunicación; la europeización e internacionalización de la Administración y su actividad; etc.)¹³⁰.

129. La teoría del procedimiento, a juicio de E. SCHMIDT-ASSMANN, debe integrar esas tres formas de acción administrativa. *Vid. Teoría General*, cit., pp. 358 y s.

130. Sobre el método, perspectivas y elementos estructurales a tener en cuenta para la construcción de tal teoría, véase la segunda edición, actualizada en este extremo, de *La Teoría General*, cit., en alemán: *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª ed., Springer, 2004, pp. 356-375.

V
TESIS PARA EL DEBATE

CON este rápido recorrido no se pretende aventurar respuestas y soluciones, sino plantear hipótesis de trabajo, perspectivas para la reconstrucción sistemática del procedimiento y su plasmación legislativa. He aquí una selección de las ideas centrales en forma de tesis para el debate:

– El sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho se asegura no sólo con leyes «sustantivas» (con un inventario de decisiones a adoptar por la Administración), sino también con contenidos «formales» (organizaciones, procedimientos, etc.). Éstos disciplinan el *modo de ser* y de *relacionarse* de la Administración y resultan tanto más relevantes cuanto menor sea la capacidad de la ley para prever la conducta de aquélla para cada caso. El procedimiento como tal constituye un medio de dirección de la Administración, un modo de sujetar la acción administrativa a la Ley y al Derecho. Es, en otras palabras, una *estructura reguladora*; o una forma de intervención por parte del legislador.

– El ordenamiento jurídico conoce procedimientos administrativos que no pueden ser catalogados o entendidos en toda su complejidad desde las claves o categorías conceptuales clásicas. Resulta necesario enriquecer la teoría general del procedimiento administrativo con nuevas perspectivas que, primero, ensanchen el concepto mismo de procedimiento para integrar dentro de su perímetro otras acciones de la Administración, sean éstas formales o informales; consensuales o no; electrónicas o en papel; sujetas al Derecho Público o al Derecho Privado; de cooperación interadministrativa o de colaboración entre el Estado y la sociedad; prestacionales (se realicen o no en red) o de carácter decisorio; de producción de actos administrati-

vos o, en particular, de reglamentos de la más variada especie. 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). El Derecho Administrativo de la Información, la colaboración Estado-sociedad, la cooperación interadministrativa en el espacio europeo o la internacionalización de las relaciones administrativas constituyen algunos de los desafíos fundamentales de nuestro tiempo para los legisladores nacionales, supranacionales e internacionales.

Las leyes de procedimiento administrativo han regulado desde sus orígenes, en sentido descriptivo, el curso de un procedimiento-tipo. Éste, sin embargo, tenderá a esquematizarse en las leyes del futuro y a convivir con otras estructuras generales de procedimiento que no tengan ya por objeto preferente el dictado de una decisión unilateral de carácter singular. Con todo, acaso la verdadera revolución, desde la óptica de la cultura jurídica europeo-continental, consista en la regulación legal del sistema de la colaboración entre el ciudadano y la Administración, de la acción administrativa sujeta al Derecho Privado y de la acción administrativa no formalizada (directrices o instrucciones no vinculantes); de los derechos de los ciudadanos en el plano de las relaciones ciudadano-Administración¹³¹ y, en definitiva, de todos los aspectos que dicen relación con la transposición de los valores y la infraestructura de la Administración del papel a la Administración virtual. Tal habría de ser el objeto básico de una «codificación».

131. Tal es el planteamiento de la Ley italiana 241 de 1990, que ha dejado de ser una Ley reguladora de un cauce formal de la actuación administrativa para convertirse en un instrumento de tutela del ciudadano, esto es, una ley que instituye derechos, señaladamente en el plano de la información (acceso a registros y documentos). Se abandona la idea de crear un modelo de procedimiento no sólo formal, sino también inútilmente unitario y se asume el punto de vista contrario, de los derechos de los ciudadanos frente a las Adminis-

– A la dimensión tradicional del procedimiento han de seguirle, como se ha dicho, otras nuevas vertientes. El binomio podría expresarse del siguiente modo:

- Perspectiva del control y perspectiva de la acción.
- Procedimiento como proceso basado en un mero mecanismo de subsunción y procedimiento como foro para hallar la mejor opción.
- Procedimiento como técnica de aplicación de la Ley material y procedimiento como mecanismo de creación de criterios, normas y soluciones.
- Procedimiento como garantía de la legalidad en la aplicación de la norma y como garantía de acierto de la solución a elegir.
- Instrumento en beneficio de la observancia de unos presupuestos o límites jurídicos y como técnica de optimización de la norma o de la decisión a adoptar. Legalidad y eficacia.
- Lenguaje binario (legal e ilegal) y lenguaje con otras expresiones (la solución más eficaz; la decisión óptima o más acertada, la más aceptable, etc.).
- Una teoría antiformalista o espiritualista de los vicios del acto, cuando el procedimiento sea puramente «ejecutivo» (mientras la solución sea correcta, la irregularidad no será en principio invalidante o tan sólo anulable, según los casos), de un lado y, de otro, una teoría de los vicios más estricta cuando se trate de procedimientos «creadores», en su caso también con fórmulas más flexibles y rápidas, de carácter cooperativo, para la reparación de la infracción u omisión.
- Ley que vincula a la Administración mediante concretas determinaciones materiales (programación *condicional*) y Ley que vincula a la Administra-

traciones públicas. Cfr. G. CORSO, «El procedimiento administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano», en J. BARNES (coordinador), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Cívitas, Madrid, 1993, p. 494.

ción mediante la fijación de objetivos (programación *finalista*) y la remisión a un procedimiento transparente y participativo¹³².

– La legitimación que deriva de la participación en el procedimiento como manifestación del *principio democrático* y la legitimación que dimana de una intensa, real y efectiva participación en la búsqueda de la *solución mejor*, más allá de una audiencia o información pública formales¹³³.

– Procedimientos tradicionales de elaboración de disposiciones generales, de un lado, y, de otro, nuevos procedimientos de elaboración de estándares y normas técnicas (elaborados por instancias sociales y luego reconocidos oficialmente; procedimientos de carácter cooperativo para la elaboración de normas y en los que la comunidad de investigadores tiene un mayor peso específico; procedimientos para la aprobación y control del software que ha de utilizar la Administración, en la justa medida en que éste determina, como si de un reglamento se tratara, la vida y acción de la Administración; etc.)¹³⁴.

– Etc.

En otras palabras, con la reconstrucción sistemática de la institución no se trata de proponer soluciones unitarias o uniformes, de postular recetas alternativas para el legislador. Por el contrario, más allá de esa comprensión común que deba elaborarse, es necesario desa-

132. LUHMANN propuso la distinción entre «programas condicionales» y «programas finalistas». Mientras los primeros se expresan en la clásica estructura normativa «presupuesto de hecho-consecuencia jurídica», esto es, en la secuencia «si» concurre tal supuesto, «entonces» entra en juego la consecuencia jurídica prevista en la norma, el programa finalista o por objetivos se caracteriza por establecer en la norma los fines y resultados que han de alcanzarse dejando a la Administración una mayor o menor libertad en la elección de los medios.

Para una comprensión más profunda y matizada, véanse, entre otros trabajos, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, 3ª ed, Darmstadt, 1978; *Recht und Automotion in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.

133. W. HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), pp. 47-48.

134. *Ibidem*, pp. 51-52.

rrollar la diversidad, introducir una matizada distinción en el seno de las diferentes piezas o ámbitos, como se ha notado: una graduación de la teoría de los vicios del acto y del procedimiento; una variada gama de procedimientos de elaboración de disposiciones generales (sujetos a formalizaciones de distintas clases; de cooperación o unilaterales; etc.); los principios de la actividad administrativa no sujeta a procedimiento formal, en función de la distinta naturaleza de la actividad; los criterios de actuación de la Administración en el ámbito comunitario y en el plano internacional; etc. En ese sentido, el modelo de normación que representa nuestra Ley de Procedimiento Administrativo *Común* –que no es una ley *codificadora*– puede ser válido para integrar las distintas estructuras, escenarios y procedimientos básicos.

– La colaboración, el consenso y la búsqueda de fórmulas flexibles y menos formalizadas constituyen tendencias que se extienden igualmente a los procedimientos de elaboración de *normas* y *disposiciones* generales, al reglamento en definitiva. El modelo de producción reglamentaria tradicional, centrado en la idea del «command and control», esto es, en la decisión de la autoridad para imponer unilateralmente la norma plantea ciertas dificultades aun cuando incorpore elementos participativos, como consecuencia, entre otros factores, de la complejidad del mundo económico; de la rápida obsolescencia de las previsiones normativas contenidas en los reglamentos; y de la intrínseca dificultad de ponderar todos los intereses de los sectores concernidos. El procedimiento de elaboración y de implantación se dilata en el tiempo, más aún si su legalidad se cuestiona ante los tribunales. Para sortear estas dificultades, se han barajado soluciones que pasan por involucrar a los distintos actores y agentes, públicos y privados¹³⁵; eliminar los costes de transacción que conllevan los procesos más formalizados; o asegurarse la cooperación

135. Véase, por ejemplo, para Estados Unidos la síntesis de R. B. STEWART, «Il Diritto Amministrativo nel XXI secolo», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2004, n. 1, pp. 12-21.

de los interesados y su participación eficaz en las decisiones que hayan de adoptarse. Dejando a un lado cualquier valoración sobre sus concretos logros¹³⁶ o los problemas y déficits de los que puedan adolecer estas fórmulas¹³⁷, lo que excedería de nuestro limitado propósito, no cabe duda de que la perspectiva de la colaboración en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales (reglamentos, ordenanzas, planeamiento, estándares técnicos, etc.) ha adquirido una creciente importancia y ha de ser atendida desde la teoría y la legislación de procedimiento. La idea de consenso forma parte del análisis de los problemas regulatorios¹³⁸.

– En el plano supranacional europeo, el procedimiento administrativo nacional parece urgido a recoger la «lengua franca» o común que deban hablar las Administraciones nacionales en sus relaciones de carácter horizontal y vertical y de éstas con los ciudadanos (acto administrativo transnacional; procedimientos compuestos; cooperación interadministrativa; acceso a la información; obligación de infor-

136. Entre los trabajos más representativos del debate, pueden citarse C. COGLIANESE, «Assesing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking», 46 *Duke L.J.* 1255 (1997); «Assesing the Advocacy of Negotiated Rulemaking: A Response to Philip Harter», 9 *N.Y.U. Env't. L.J.* 386 y ss. (2001); P. HARTER, «Negotiated Regulations: A Cure for Malaise», 71 *Geo L.J.* 1 y ss (1982); «Assessing the Assessors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking», 9 *NYU Env'tl. L.J.* 32 y ss. (2000). Para un estudio comparado de esta temática entre EE.UU. y Alemania, véase el trabajo doctoral de S. SCHNÖCKEL, «*Negotiated Rulemaking*» in den USA und normvertretende Absprachen in Deutschland. Eine rechtvergleichende Analyse kooperativen Verwaltungshandelns, Duncker & Humblot, Berlín, 2005, de quien se toman las citas de la presente nota. Para una visión sintética y ejemplificativa, R. B. STEWART, «Il Diritto Amministrativo nel XXI secolo», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2004, n. 1, pp. 14 y ss.

En la Unión Europea se ha desarrollado el denominado «marco para la coordinación abierta».

137. Véase la síntesis de R. B. STEWART, «Il Diritto Amministrativo nel XXI secolo», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2004, n. 1, pp. 18 y ss.

138. Ejemplos abundantes pueden verse en la obra de S. SCHNÖCKEL, «*Negotiated Rulemaking*» in den USA und normvertretende Absprachen in Deutschland, cit.

mar; tratamiento de la información recibida; inspección; principios comunes sobre los vicios de procedimiento; etc.). En cuanto expresión del Derecho Administrativo Europeo, esa lengua habrá de ser inducida interactivamente desde los sistemas nacionales, pero será a la postre una obra del legislador comunitario. La compatibilidad de un sistema requiere normas de procedimiento.

– Desde sus orígenes, la jurisprudencia y la doctrina han destacado la vertiente defensiva o de protección que es inherente al procedimiento, esto es, la idea de la tutela del individuo como elemento arquitectural de la institución. El procedimiento, sin embargo, trasciende esa eminente función para insertar la cláusula del Estado de Derecho y el principio democrático en el marco de un modelo de comunicación¹³⁹. La comunicación forma parte del esquema de un Estado vivo. El procedimiento no es sólo el presupuesto para una efectiva protección del individuo, sino también la condición necesaria para el funcionamiento y la modernización del Estado¹⁴⁰. No importa sólo coadyuvar a que la resolución o norma emanadas sean ajustadas a Derecho. El procedimiento además ha de resultar rápido y eficiente; suscitar la participación, el consenso y la aceptación; generar la solución óptima¹⁴¹.

– De la cláusula del Estado de Derecho y del principio democrático, en cuanto principios estructurales del Estado, se derivan naturalmente consecuencias para la construcción del procedimiento adm-

139. Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª edición, Springer, 2004, pp. 45 y ss.

140. Cfr. H. HILL, «Kommunikation als Herausforderung für Staat und Verwaltung», en Steger, *Lean Administration*, 1994, p. 49 (52).

141. Vid. M. GERHARDT, *Funktionaler Zusammenhang oder Zusammenstoß zweier Rationalitäten? Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess am Beispiel der jüngeren Verfahrensfehlerlehre*, cit. (nota 19), p. 414.

nistrativo. De un lado, porque sujetan la acción administrativa a una específica racionalidad discursiva: toda actuación del poder público ha de ser racional y no arbitraria; racionalizable y motivada; de otro, porque el principio democrático y de Estado de Derecho obligan a establecer los cauces adecuados para generar sistemas de intercambio de información, de argumentos y de diálogo entre la sociedad y el Estado. Y ello a su vez implica que los conceptos de «procedimiento» y de «comunicación» se aproximen: Estado como procedimiento o proceso ordenado y racional para la toma de decisiones; procedimiento como categoría administrativa y del Estado¹⁴².

La cláusula del Estado de Derecho servirá además de fundamento para garantizar los derechos de audiencia y defensa en el seno de procedimientos de los que se deriven actos de gravamen; o para construir la dimensión procedimental de tantos derechos fundamentales, señaladamente de aquellos que viven en y a través del procedimiento. El principio democrático contribuye a mejorar la legitimidad de la Administración (a su servicio, por ejemplo, se sitúan los procedimientos de control e inspección; de ejecución presupuestaria; electorales; etc.).

Ha de notarse, en este contexto, que la reserva de ley (en nuestro caso, la que luce en el art. 53.1 CE) extiende sus exigencias a la dimensión procedimental (esto es, al modo de decidir y relacionarse la Administración con el ciudadano), y ello tanto por imperativos de legitimidad democrática (derivable de la ley parlamentaria), como por mandato de la cláusula del Estado de Derecho (racionalidad y moderación en las acciones administrativas que impacten sobre la esfera de libertad ciudadana). La regulación del procedimiento mediante ley formal resulta en numerosos escenarios mucho más relevante que la

142. Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª ed., Springer, 2004, p. 45 y s.

del mismo contenido material, máxime cuando la ley no posea un mínimo de capacidad directiva de la acción administrativa, cualesquiera que sean las razones, como ya se ha observado. Lo que sea esencial a una institución, bien o derecho, no se determina exclusivamente a través de preceptos sustantivos, esto es, mediante una ley material, sino también a través de normas de procedimiento (y de organización)¹⁴³.

– En suma, pues, el diseño legal del procedimiento –la opción por cualesquiera de los modelos y estructuras posibles– tiene efectos multiplicadores y sirve, primero, para sujetar la Administración a la Ley y el Derecho (principio de legalidad), en cuanto determina cuando menos *cómo* ha de resolver y relacionarse con el ciudadano; segundo, para colmar, caso de incidir sobre derechos y libertades constitucionales, la *reserva de ley* (art. 53.1 CE), entre cuyos elementos esenciales se encuentra la vertiente procedimental de aquéllos; y, tercero, para establecer la *posición* que en cada caso corresponda a la Administración y a los órganos jurisdiccionales, en virtud de la clase de procedimiento.

143. En esa dirección se ha movido la jurisprudencia constitucional alemana: vid. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit. (nota 19), p. 454.