

HACIA LA MODERNIZACIÓN DEL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

XIV JORNADAS DE ESTUDIO
DEL GABINETE JURÍDICO
DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA

HACIA LA MODERNIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

**XIV JORNADAS DE ESTUDIO
DEL GABINETE JURÍDICO
DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

HACIA LA MODERNIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

**XIV JORNADAS DE ESTUDIO
DEL GABINETE JURÍDICO
DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**



**JUNTA DE ANDALUCÍA
CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
SEVILLA - 2009**

ANDALUCÍA. Junta. Gabinete Jurídico. Jornadas de estudios jurídicos (14ª. 2008 . Sevilla)

Hacia la modernización del Procedimiento Administrativo / XIV Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía . 1ª ed.

Sevilla : Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009.

162 páginas; 24 cm. (Encuentros)

Celebradas en Sevilla del 20 al 21 de noviembre de 2008

D.L. SE-3892-2009

I.S.B.N.: 978-84-8333-457-7

Procedimiento administrativo .- Derecho administrativo .- Gobernanza .
Instituto Andaluz de Administración Pública

35.077.3

Reservados todos los derechos. No está permitida la reproducción total o parcial en ningún tipo de soporte sin permiso previo y por escrito del titular del copyright.

TÍTULO: HACIA LA MODERNIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XIV JORNADAS DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias de
Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Maquetación e impresión: Egondi Artes Gráficas, S.A.

I.S.B.N.: 978-84-8333-457-7

Depósito Legal: SE-3892-2009

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

Francisco del Río Muñoz

Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía 3

PRIMERA PONENCIA.

PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO DE ADMINISTRATIVO.

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Carlos III de Madrid 7

SEGUNDA PONENCIA.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LAS NUEVAS FORMAS DE DIRECCIÓN, REGULACIÓN Y GOBERNANZA.

Javier Barnes Vázquez

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Huelva 35

TERCERA PONENCIA.

CUESTIONES CONTEMPORÁNEAS SOBRE LA ELABORACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS EN LOS ESTADOS UNIDOS.

SOME CONTEMPORARY ISSUES IN AMERICAN RULEMAKING.

Peter L. Strauss

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Columbia, Nueva York 73

CUARTA PONENCIA.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL EN LA “UNIÓN ADMINISTRATIVA EUROPEA”.

Francisco Velasco Caballero

Universidad Autónoma de Madrid 145

INTRODUCCIÓN

De nuevo el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía con la inestimable colaboración del Instituto Andaluz de la Administración Pública procede a la publicación de las ponencias de las Jornadas que tuvieron lugar en Sevilla el 20 y 21 de noviembre del pasado 2008 y que suponen las catorce de las organizadas por este centro directivo.

Como ha sido habitual en la publicación de Jornadas anteriores me corresponde la justificación y presentación de las mismas.

Las presentes Jornadas llevan por título “Hacia la modernización del procedimiento administrativo”.

Es clásica la calificación del procedimiento administrativo no como una simple concatenación de actos, sino como el cauce de formación y ejecución de la voluntad de la Administración, medio para la efectividad del Derecho Administrativo y garantía, a través del mismo, de la efectividad de los derechos de los ciudadanos. Pero, en todo caso, no podemos olvidar que el procedimiento administrativo, como todo procedimiento tiene un carácter instrumental. Su justificación no se encuentra en la mayor perfección técnica, sino en que sea útil para la finalidad que con él se pretende, por lo que la evolución y el subsiguiente cambio en el actuar administrativo conlleva el que haya que plantearse si la regulación concreta del procedimiento se adapta a dicha realidad o requiere que se valore si es necesaria su actualización.

Ha comenzado el siglo XXI y se han producido nuevas realidades que inciden en el actuar de las Administraciones Públicas.

- La revolución de las comunicaciones, con el proceso de obsolescencia de los sistemas de relación de la Administración con los ciudadanos que constituían la estructura medular de su actuación.
- El hecho de la globalización, con su entramado de relaciones, de modo que la actuación de una Administración Pública puede superar las fronteras de los Estados, lo que pone en revisión principios que parecían inalterables como el de potestad y sujeción.
- Un cambio en los modos de actuación de las Administraciones Públicas que más que prestadoras de servicios públicos, han pasado a garantizadoras de que estos servicios se presten.

INTRODUCCIÓN

- La participación de entes privados en la actuación de las Administraciones Públicas y no solo por la ampliación del concepto de sector público que incluye a entes privados de iniciativa pública, fenómeno que con la velocidad de evolución de los tiempos podemos ya considerar clásico, sino en la aparición y proliferación de puros entes privados que sustituyen el actuar de una Administración Pública, como es el caso de las entidades acreditadoras u homologadoras que se iniciaron en el ámbito del medio ambiente y se han extendido a otros a impulso de la normativa comunitaria.
- Las actuaciones en las que empieza a difuminarse lo que era el eje estructural del acto administrativo y su conexión con el principio de legalidad, el parámetro de legalidad, lo que lleva a que empiecen a tener incidencia otros principios como el de proporcionalidad, confianza legítima, etc.
- Lo que se ha venido a llamar el derecho blando, por el que las Administraciones orientan e incentivan, pero en el que está muy diluida la imperatividad.

El Derecho, también el Administrativo, en cuanto instrumento para ordenar la convivencia ha de adaptarse a la realidad, dentro de un equilibrio que tiene siempre que mantenerse entre no adelantarse excesivamente lo que le llevaría a actuar sobre algo inexistente, ni a un retraso que conduce a que la sociedad, que no se queda parada porque el ordenamiento jurídico no responda a sus necesidades, busque sus propios cauces con lo que, en ambos casos, el Derecho es marginado y se convierte en una estructura que puede ser muy perfecta pero que no sirve para el logro de su finalidad.

La primera de las ponencias se dedica a unas reflexiones en torno a la reforma del Derecho Administrativo General. Está a cargo del profesor D. Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, y su contenido sirve para encuadrar el ámbito en el que se van a desarrollar las posteriores intervenciones.

La segunda ponencia trata del procedimiento administrativo en el contexto de los nuevos modelos de regulación y gobernanza y ha sido presentada por el profesor D. Javier Barnés Vázquez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva, en la que se trata de la función del procedimiento administrativo y la necesidad de su reforma ante la aparición de nuevos métodos de dirección, regulación y gobernanza, en definitiva, ante unas Administraciones Públicas y un Derecho Administrativo distintos.

INTRODUCCIÓN

La tercera ponencia está a cargo del profesor Peter Strauss, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Columbia, y se dedica al procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos en Estados Unidos. Se trata de una visión del derecho comparado en una realidad tan diferente a la continental europea como es el caso de los Estados Unidos de América, y en un procedimiento, el de elaboración de disposiciones de carácter general, que, aunque se encuentre poco formalizado en nuestro derecho, no deja de dar lugar a declaraciones de nulidad con el efecto que genera de expulsar a una norma del ordenamiento con el subsiguiente vacío normativo.

Por último el profesor D. Francisco Velasco Caballero, titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, ha desarrollado la idea del procedimiento administrativo nacional en el marco de la Unión Europea, en la que se han tratado las inmisiones que la normativa comunitaria produce en el ámbito del procedimiento administrativo, cuando nos encontramos ante una materia, el procedimiento, que, en principio y de acuerdo con la normativa comunitaria, es competencia de los Estados miembros.

Por último, como Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, solo me resta mostrar mi satisfacción por la celebración de estas XIV Jornadas y agradecer su colaboración a todos aquellos que la han hecho posible, tanto los que están ante el público, como los que, en sentido figurado, se encuentran detrás de la cámara y, en particular a los ponentes, con una especial mención al profesor Barnés por la ayuda prestada para la organización, así como a las moderadoras e intervinientes que han enriquecido los debates.

Francisco del Río Muñoz
Jefe del Gabinete Jurídico de
la Junta de Andalucía

PRIMERA PONENCIA

PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO DE ADMINISTRATIVO

Problemas actuales del Derecho de Administrativo

LUCIANO PAREJO ALFONSO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN. VIGENCIA Y NECESIDADES DE CAMBIO EN LA CIENCIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

1. Entendiendo por problemas actuales del Derecho administrativo los que plantea no el ordenamiento jurídico-administrativo positivo como tal, sino la ciencia que de él se ocupa, la multiplicidad y heterogeneidad a los que ésta debe dar respuesta en la actualidad aconsejan, más aún en el contexto limitado de una ponencia a un congreso, un enfoque que permita una visión crítica sintética, pero estructurada y de conjunto, como el que ofrece el interrogante sobre cual sea el problema del deriven la mayoría de los problemas a los que se enfrenta actualmente la dogmática o, dicho de otro modo, la vigencia y utilidad actual de la dogmática establecida sobre la base de una precisa determinación de su objeto, presupuesto y fundamento de la identidad y autonomía científicas.
2. Porque la cuestión principal y ya inaplazable entre nosotros es, a la vista de las dificultades para dar adecuada y satisfactoria respuesta a las demandas actuales, la de si nuestro Derecho administrativo actual puede dominar los retos mediante simple evolución por adaptación (encajando nuevas soluciones en el edificio existente) o si, por el contrario, precisa de reforma o, incluso, renovación.
3. La clave al efecto es sin duda la determinación del objeto de la ciencia-jurídico-administrativa; determinación que es siempre irremediamente histórica y guarda relación con el método empleado, como se desprende del viejo debate sobre si el objeto determina el método o si es el método el que crea el objeto. Como señala de forma pertinente, C. Franzius¹, si se parte de que la realidad es el efecto de la acción reconstructiva del conocimiento científico, el trato con la realidad se torna problemático, por lo

¹ C. Franzius, *Funktionen des Verwaltungsrechts im "Steuerungsparadigma" der Neuen Rechtswissenschaft Verwaltung* 2006, 39 (3), págs. 335 a 372.

que demanda la aplicación de un método consciente de las cuestiones que suscita el objeto, cuya respuesta no siempre sabe la ciencia jurídica, pero que ésta se esfuerza por conseguir. De modo que postula para el Derecho administrativo actual autorrestricción disciplinar y apertura crítica receptiva respecto de disciplinas colindantes, lo que vale decir pluralismo metodológico que evite mezcla indiscriminada con ésta.

4. No puede sorprender, pues, que, la buena salud de que, siquiera sea a juzgar por la apariencia de su fachada, sigue en mayor o menor medida gozando el edificio dogmático construido tras la segunda guerra mundial (con las lógicas variantes nacionales) por la doctrina jurídica-administrativa europea, no logra ya ocultar el proceso de transformación a que, en toda Europa, está sujeto el Derecho administrativo y que está siendo objeto de análisis, incluso transnacional, por la doctrina. Advierte T. Schmitz², en este sentido, que, en muchos Estados europeos, el Derecho administrativo ha cambiado sustancialmente durante las pasadas dos décadas, y continúa haciéndolo aún; cambio, a cuyos diversos aspectos aluden conceptos clave tales como gobernanza (*Governance*), dirección (*Steuerung*), nueva gestión pública (*new public management*), crítica managerial (*critique managériale*) y privatización, pero también constitucionalización y europeización. Ésta no es sino la lógica repercusión de las muy notables transformaciones que, asimismo, han experimentado y siguen experimentando, al igual que la propia sociedad, el Estado y, por tanto, la Administración en tanto que parte diferenciada del mismo, los cuales no son ya los mismos que determinaron la construcción dogmática establecida. Estas transformaciones derivan, en lo esencial, de la descentralización territorial y funcional del poder al interior, la integración supranacional europea y la reestructuración del papel del poder público en la configuración de las condiciones de vida social como consecuencia de la evolución científico-técnica (y los riesgos por ella generados) y la lógica de la economía (especialmente en su dimensión financiera), llegando a erosionar incluso a la posición estatal de monopolización del control social.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL CONTEXTO EUROPEO INMEDIATO.

5. Dejando de lado, por razones obvias, el caso italiano (que, sin embargo y a reserva de lo que resulte de la ponencia paralela, se presume no muy distinto del alemán o español), el contexto europeo más inmediato revela dos distintas líneas de evolución según la intensidad de la renovación en curso

² T. Schmitz, *European Law Books* - www.europeanlawbooks.org, en su comentario a la obra colectiva *The Transformation of Administrative Law in Europe / La mutation du droit administratif en Europe*, M. Ruffert, Munich, European Law Publishers, 2007.

en función de las circunstancias nacionales: de un lado, la de los Derechos francés e inglés, tan distintos por otras razones; y, de otro, la de los Derechos alemán y español.

1. La actualización mediante adaptación: los casos de Francia y Reino Unido.

6. La evolución del Derecho administrativo francés, cuyo motor ha sido –y en gran medida sigue siendo– la jurisprudencia del Conseil d'État, ha permitido, gracias a una relativa autorrestricción del control jurídico (no obstante su desarrollo y completa judicialización), el mantenimiento de un grado apreciable de “confianza en la Administración”, que proporciona al sistema administrativo establecido (gracias al respeto de las vinculaciones de Derecho objetivo y del ámbito de discrecionalidad administrativa) una flexibilidad suficiente para integrar, sin necesidad por ahora de radical renovación o verdadera reforma, las necesarias adaptaciones.
7. Lo mismo puede decirse del caso inglés, en el que el desarrollo de un Derecho administrativo ha sido mucho más tardío y desembocado en una limitada identidad propia. El Derecho administrativo se caracteriza por la garantía de la soberanía del Parlamento (principio que, no obstante, está en crisis³) y una relativamente consistente independencia de la Administración. Ésta, además de observar ciertamente el Derecho (que presenta normalmente una densidad regulatoria menor a la continental), debe cumplir además otra programación más amplia, referible a los principios de buena administración. Con la consecuencia, de un lado, del acento del control judicial (solo en parte especializado: los *Tribunals* y la *Administrative Court* incardinada al *High Court of Justice*) en: i) el procedimiento (*procedural fairness* y *ultra vires*) y ii) el empleo adecuado de éste para la toma de decisiones (examen de la *unreasonableness* y la *rationality*, comprensiva de la *proportionality*) y, de otro lado, la importancia del paralelo control político por el Parlamento a través de sus comités y *ombudsmen*.

³ Véanse las contribuciones de N. Bamforth y P. Leyland, *Public Law in a multi-layered constitution*; M. Loughlin, *Constitutional law: the third order of the political*; y A. Tomkins, *What is Parliament for?* a la obra colectiva N. Bamforth y P. Leyland, *Public law in a multi-layered constitution*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2003.

2. La evolución por reforma o renovación: los casos de España y Alemania.

2.1. La situación de la ciencia jurídico-administrativa española.

Muy otra es la situación en el Derecho español, en que es clara la necesidad de una reforma innovadora, como revela ya la distancia existente entre el Derecho administrativo como construcción dogmática y el Derecho administrativo jurídico-positivo y real⁴. Conforme ya he expuesto en otro lugar⁵, no puede olvidarse que los fundamentos de la dogmática actual y dominante en la comunidad científica:

- Es fruto no tanto de la decantación de una labor histórica colectiva de construcción sistémica, cuanto, en lo esencial, de la labor de señalados juristas preocupados por la puesta al día de España en el contexto europeo y abiertos por ello desde el principio a la influencia de los sistemas dogmáticos de nuestro entorno. Lo que al propio tiempo que explica la especial posición de la doctrina científica y su relación tanto con la legislación, como especialmente la jurisprudencia, ha dado lugar, hasta ahora, a una notable estabilidad del edificio dogmático no obstante los cambios en el Derecho positivo (en particular, por inexistencia de una fluida y adecuada retroalimentación desde los sectores claves y más innovadores del mismo)⁶.
- Su planteamiento queda condicionado -en su primer y decisivo desarrollo en el régimen autocrático franquista- por la doble necesidad de suplir la ausencia de Constitución y Derecho constitucional y racionalizar, por

⁴ En este sentido J.A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, I, Iustel, Madrid, 2004, pp. 61 y 62, ha indicado acertadamente que el impacto de las nuevas realidades y necesidades “han dado lugar a cambios sustanciales en la forma de actuar de las Administraciones públicas y en la propia configuración de los Estados constitucionales” que, sin embargo, “no se han visto seguidos de una revisión a fondo de las instituciones del Derecho administrativo, que permanecen ancladas en unos presupuestos históricos, sociales y económicos que ya no corresponden a los de las sociedades actuales”.

⁵ L. Parejo Alfonso, *La idea de reforma del Derecho administrativo general. Su planteamiento en España*, en J. Barnes (ed.) *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press/Editorial Derecho Global, Sevilla 2006, págs. 177 a 202.

⁶ A este respecto son ciertamente expresivas las palabras que dentro del apartado dedicado por S. Martín-Retortillo Baquer, *Instituciones de Derecho administrativo*, Thomson&Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 68 y 69, a la etapa de “Afirmación y esplendor del derecho administrativo español” nos recuerdan, primero, que “desde los años sesenta una serie de leyes, que en todo caso hay que ubicar en el contexto del momento, van a establecer nuestro Derecho administrativo actual conforme a criterios en extremo depurados, en un proceso progresivo y creciente de búsqueda y afirmación de lo que es el Estado de Derecho” y, en segundo lugar, que “el fenómeno que ahora refiero tendría su origen, y posterior desarrollo en torno a la «Revista de Administración Pública» en la que, sencillamente, se escribe un Derecho administrativo del todo distinto al hasta entonces al uso (...) será bastión en el proceso de jurificación sustantiva del actuar administrativo y, también, conforme al conocido título del trabajo de Eduardo García de Enterría, en la lucha «lucha contra las inmunidades del Poder»”.

tanto, la acción del poder público (todo él) desde las pautas propias del Estado de Derecho de corte europeo. Se entiende así su énfasis, hasta hoy, en i) el método jurídico (con separación radical respecto de la ciencia de la Administración, a la que queda remitida la dimensión real o “no jurídica” de ésta); ii) la consideración de la Administración esencialmente como *potentior personae*⁷; y iii) la concentración en la actuación “externa” de la misma, entendida como ejecución-aplicación de la Ley y el Derecho y derechamente dirigida a producir actos jurídicos, para el control de sus límites jurídicos, especialmente por el Juez y en términos de tutela de los intereses individuales de sus destinatarios⁸.

- Se entiende perfectamente su éxito en el momento constituyente y en la primera fase del desarrollo constitucional. Pero también las dificultades a que se viene enfrentando desde entonces ante los retos que plantea el desarrollo real del Estado bajo la fórmula constitucional de Estado autonómico social y democrático de Derecho, abierto, además, a la integración comunitario-europea. La reacción en el sentido simplemente de encajar en el edificio establecido el nuevo orden constitucional (sin consideración efectiva, además y en toda su extensión e intensidad, de la importancia real del orden comunitario-europeo), conducente a una comprensión demasiado rígida de la relación entre Derecho constitucional y administrativo, ha venido cegando las posibilidades de generación de las condiciones para la puesta en marcha de un verdadero proceso de reforma del Derecho administrativo como tal. La prueba está en la visible pérdida por la ciencia jurídico-

⁷ La dificultad prácticamente insuperable de la acotación orgánica y funcional de la Administración ha conducido (con gran éxito para la autonomía, la integridad y el desarrollo de la disciplina), en efecto, a su definición por el dato formal de la personalidad, que permite el tratamiento dogmático “general” de la peculiar relación jurídica entre el Estado administrador y el ciudadano: el Derecho administrativo como Derecho estatutario; noción acuñada, como se sabe, por E. García de Enterría en su ya clásico trabajo “Verso un concetto di Diritto Amministrativo come Diritto statutario”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 23 (1960), y que hoy dicho autor mantiene inalterable junto T. R. Fernández en el Curso de Derecho administrativo, I, Civitas, Madrid, 2008, pp. XX. Sobre la línea de continuación de esta perspectiva del Derecho administrativo es bastante clara la conclusión de L. Martín Rebollo en su excelente “Introducción general sobre Derecho administrativo”, *Leyes administrativas*, Thomson&Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 43: “En suma, el Derecho Administrativo como conjunto de potestades y de sometimiento, como un mecanismo de búsqueda de la eficacia y como instrumento de control también. En síntesis del todo apretada, como un conjunto de privilegios y de un fuero especial”.

⁸ Destacadamente, sobre esta cuestión, puede verse, recientemente, E. García de Enterría, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* Thomson&Civitas, Madrid, 2007, p. 147, donde concluye afirmando que “hoy el juez contencioso-administrativo tiene la obligación de tutelar en su plenitud ese espacio de libertad que el ciudadano contemporáneo ha conquistado definitivamente y sólo desde el cual puede ser capaz de construir y proteger su vida personal, en su integridad. Sólo ahora, por vez primera en toda su larga historia, el juez contencioso-administrativo es definitivamente capaz de otorgar a los ciudadanos una justicia plenaria y efectiva. Esta es la formidable actualidad de la técnica contencioso-administrativa de protección del ciudadano tras sus últimas y bien recientes regulaciones”.

administrativa de su papel orientador, cuyo efecto más visible es la huida hacia el estudio de cuestiones concretas de alcance sectorial. Y ello, a pesar de no faltar las llamadas indirectas, pero contundentes, de atención⁹, que han puesto sobre la mesa la necesidad y la urgencia de puesta al día del Derecho administrativo.

- El desequilibrio de esta forma inducido entre los valores de estabilidad y flexibilidad, unido a excesos y desviaciones en la acción del poder público, explican quizás que, por el contrario, que la reacción ante las rápidas transformaciones en curso, especialmente en los planos constitucional y legislativo, explican consista más bien en cierta tendencia en la ciencia jurídico-administrativa i) al reforzamiento del modelo establecido y la insistencia en la dimensión de aseguramiento de la sumisión al Derecho (en el caso concreto); y ii) a la desconfianza frente a cualquier evolución o innovación que pueda poner en cuestión o riesgo lo uno o lo otro. Pero en modo alguno justifican tal posición y, menos aún, su permanencia.

El Derecho administrativo ha perdido así entre nosotros en gran medida su capacidad de establecimiento y garantía de un suficiente orden por lo que hace al poder público administrativo y su actuación. Y desde luego falla en su función de ordenación, orientación y puesta a disposición de categorías, institutos y técnicas idóneos para las demandas actuales. Lo que explica la desorientación que reina en cuestiones centrales para el entero sistema y el recurso al tratamiento sectorializado, en muchas ocasiones a título de mero comentario, de las novedades legislativas y administrativas y a remolque de unas y otras; tratamiento en todo caso insatisfactorio por la insuficiencia del edificio dogmático general y carente, por ahora, de verdadera repercusión retroalimentadora de éste.

Los tímidos intentos habidos en la década de los años ochenta por suscitar en la doctrina científica un proceso de reforma desde la óptica de la constitucionalización del Derecho administrativo¹⁰; no han logrado cuajar, sin perjuicio de la muy meritoria tarea cumplida aisladamente por algunos autores ya en la década de los noventa y hasta hoy y alguna iniciativa, aún incipiente, de carácter colectivo¹¹. En

⁹ Como la reflexión de S. Muñoz Machado, *Constitución*, Iustel, Madrid, pp. 312 y ss., en torno al orden comunitario de porte constitucional, en la que pone descarnadamente al descubierto la distancia entre la dogmática y la realidad.

¹⁰ L. Parejo Alfonso, *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983 y, más tarde, *Crisis y renovación en el Derecho público*, CEC, Madrid, 1991. No obstante, puede quizá recordarse intentos anteriores como los de A. Nieto, "La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo", *RAP*, núm. 76 (1975).

¹¹ Como la impulsada desde la Universidad de Huelva por J. Barnés de reuniones periódicas hispano-germanas en torno justamente a la cuestión de la reforma o renovación del Derecho administrativo y que ha logrado, por ahora, la celebración de dos jornadas entre sendos grupos de administrativistas, aglutinado -el alemán- por E. Schmidt-Assmann, uno de los más destacados representantes de la corriente doctrinal que recibe la denominación de "nueva ciencia-jurídico-administrativa". Las contribuciones a la primera jornada han sido publicadas ya en la obra colectiva citada en nota 4. Las efectuadas a la segunda están en curso de publicación.

la actualidad es imperioso generar un clima propicio a la toma de conciencia por la doctrina científica de la inaplazabilidad de la reforma del Derecho administrativo general y de ésta -tomando a préstamo la expresión utilizada en Alemania por E. Schmidt-Assmann- como empresa colectiva (que aúne y sistematice los esfuerzos aislados existentes en una tarea de actualización del edificio dogmático).

A este efecto, la situación de partida entre nosotros es equiparable, en lo esencial, a la de Alemania, como se comprobará al tratar de ella: permanencia, como referencia, del modelo tradicional de Administración correspondiente a la versión clásica del Estado de Derecho. La peculiaridad propia consiste en que ese modelo aparece lastrado, por las siguientes características (sin las cuales no puede explicarse el carácter dominante de la llamada concepción estatutaria del Derecho administrativo, a pesar de la realidad de la extensión de éste a toda acción de poder público distinto al legislativo y el judicial):

- a) Configuración objetiva y típica de los dos sujetos de la relación jurídico-administrativa básica conducente bien al acto (cuya teorización aparece escorada del lado del control judicial¹²) a pesar del socavamiento de sus fundamentos por el Derecho constitucional en función de la posición fundamental, dotada con diferentes derechos y libertades, que otorga al ciudadano, diversificando su posición en la referida relación). Con focalización de la atención en el acto y el contrato y marginación de la realidad y la dinámica de la relación misma, así como de todo lo referente a la organización y el funcionamiento interior de la Administración. La relación jurídico-administrativa típica tiene, en principio, un contenido típico determinado por el Derecho objetivo (el estatutario de la Administración) que, en cuanto exorbitante del Derecho común, conduce a la consideración de la posición de la Administración como un privilegio que demanda la normalización por el rasero del Derecho común, especialmente en el terreno definitivo de la contienda judicial, que es la que produce la única decisión final (lo que supone la paralela relativización de la decisión administrativa sólo como primera palabra; relativización, congruente con la identificación de la acción administrativa con la ejecución-aplicación del Derecho administrativo carente de cualquier otra legitimación distinta de la jurídica).
- b) Tendencia a la administrativización al máximo del poder público como técnica para lograr la más plena sujeción de éste al Derecho (concretamente a través del Derecho administrativo, el entendimiento de la actividad administrativa como ejecución de éste (capaz de prefigurar todas sus aplicaciones posibles) y el control de dicha ejecución por la jurisdicción contencioso-administrativa (entendida como orden judicial cuya competencia debe extenderse a toda acción pública de porte infraconstitucional). Con

¹² R. Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, y luego "El concepto de acto administrativo", en *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

la consecuencia del entendimiento del Derecho administrativo como lucha por la completa sumisión del poder público al Derecho, entendiendo así los ámbitos en que la decisión está entregada a la Administración en diversa medida (cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, margen de apreciación, discrecionalidad) como inmunidades a batir por incompatibles con el modelo¹³.

Específico es por ello también el juego del modelo como criterio de referencia (no ya de normalidad, sino de admisibilidad o corrección científicas). El criterio opera como barrera no escrita en el proceso de actualización de la dogmática. La posición básica de la comunidad científica es defensiva de la integridad y consistencia del modelo establecido (la creativa, dependiente del entendimiento de la función propia como generación y actualización de las condiciones para que la Administración pueda cumplir las tareas que le son propias en el Estado autonómico democrático y social de Derecho integrado en la Unión Europea, es todavía minoritaria, dispersa e insuficiente). Tomando a préstamo la imagen empleada E. Schmidt-Assmann: en el sistema español la doctrina científica no es tanto precursora como mero acólito-comentador y todo lo más sistematizador.

El resultado es esquizofrénico: mantenimiento del modelo, pero continuada propuesta-aceptación de soluciones –especialmente por recepción acrítica desde otros sistemas ajenos– que implican la huida, la ruptura o la excepción; soluciones, que simplemente se adicionan y no integran suficientemente –renovándolo– el edificio dogmático.

Estas circunstancias vienen impidiendo que las ventajas de la ciencia jurídico-administrativa española, entre las que son destacables el dinamismo y el comparatismo, puedan venir traducándose en avances dogmáticos acordes con el espectacular desarrollo científico habido en las últimas décadas. En general, el panorama doctrinal es, a este respecto, más confuso que clarificador.

Como pone de relieve A. Vosskuhle (*The reform approach in the German Science of Administrative Law: The "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft"*, en la obra colectiva antes citada *The Transformation of Administrative Law in Europe...*), el Derecho alemán se encuentra, por el contrario, inmerso en un proceso de verdadera reforma, en términos de empresa colectiva, desde la crítica del establecido a partir de la segunda guerra mundial (como reacción al Estado de no-Derecho de la época nacionalsocialista) y del método estrictamente jurídico en que descansa. Método, cuyas características sintetiza dicho autor así:

- Radical reducción del campo de visión a los actos jurídicos, de modo que el sistema legal queda circunscrito a un entramado de reglas –escritas o no, concretas o generales– susceptibles de ser analizadas de forma separada e independiente de las tareas actuales de la Administración.

¹³ Al respecto puede verse en la doctrina T.R. Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.ª ed. ampl., Civitas, Madrid, 2008.

- Concentración de la atención, a partir y por razón del principio de Estado de Derecho, en el acto, en el entendido de que basta para la generación de las condiciones para la sumisión permanente de la actuación administrativa al Derecho legitimado democráticamente. A lo que se añade, como complemento, el desplazamiento del centro de gravedad –sobre la base de la importancia atribuida al control jurídico externo– hacia la decisión final (judicial) y su efecto legal. El énfasis en la tutela judicial determina la marginación del proceso administrativo interno de toma de decisiones y sus factores determinantes (organización, personal, recursos materiales), con la excepción de las más esenciales de entre las regulaciones procedimentales.
- El enfoque sistémico para la organización del material normativo en aras de la efectividad del principio de Estado de Derecho. Todo el material es reconducido a institutos y principios generales que lo articulan de modo consistente y convincente, con la consecuencia de que las operaciones fundamentales responden a un esquema binario: legal-ilegal (al igual que validez-invalidéz; Derecho público-Derecho privado; Derecho externo-Derecho interno; Estado-sociedad).
- Desarrollo, en íntima relación con la sistematización, de la dogmática legal en tanto que conjunto de categorías de reglas (definiciones, principios, etc...) que hacen relación al Derecho positivo, pero no se identifican con él; dogmática, que es simultáneamente utilización y creación del sistema.

Los logros conseguidos desde este planteamiento son evidentes desde el triple punto de vista de las funciones de estabilización (orientación confiable gracias a la sistematización y la dogmática centradas en el acto), facilitación de la solución (descarga de la complejidad a la práctica legal en los casos concretos), racionalización (permisión de un control racional jurídico) y posibilidad de nuevos desarrollos (mediante la identificación de valores y deficiencias). Del porte de la construcción resultante, indudablemente característica del mundo occidental, da una idea la reflexión acerca de si, sobre sus elementos portantes está emergiendo o no, y si ello es conveniente, incluso un Derecho administrativo global (véanse las contribuciones al symposium sobre *Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, recogidas en el Vol. 11 [2006], núm 1, de *European Journal of International Law*) siendo significativo, no obstante, que la respuesta sea negativa (al menos la de C. Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, págs. 187 y sgs.) por razón tanto de suponer un impacto negativo para las economías en desarrollo, como de conducir a una indeseable juridificación del proceso político.

Pero, como ha destacado W. Hoffmann-Riem (*Eigenständigkeit der Verwaltung*, en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann/A. Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, C. H. Beck, München 2006) el método jurídico y la reducción del campo a lo regulado jurídicamente y, con ello, a los actos jurídicos, con preocupación centrada en la tutela judicial frente a ellos, abocan a un Derecho administrativo no pensado para abarcar la realidad completa de la actuación administrativa y judicial e incapaz, por ello, para reproducirla. Descuida, si no margina,

en efecto, el cometido principal de la Administración: la resolución de problemas sociales y, por tanto, la decisiva dimensión de la actuación administrativa misma y sus efectos. La esencia de tales cometido y actuación no radica en la evitación de vicios legales susceptibles de corrección ex post por el Juez, sino el arreglo efectivo de las cuestiones sociales (la satisfacción efectiva de las necesidades colectivas) mediante la utilización de los recursos puestos a la disposición de la Administración y el uso de las múltiples posibilidades ofrecidas por el Derecho (evitando desde luego la incursión en irregularidades o infracciones jurídicas). Se abre así un campo para el análisis científico que implica el cuestionamiento de algunas de las reducciones y también de los enfoques del Derecho administrativo con la pretensión de reforma, es decir, no tanto de superar paradigmas, cuanto de ajustar y complementar los establecidos. El autor citado justifica el programa de reforma resultante en los términos siguientes:

- a) El Derecho objetivo ciertamente limita, pero también dirige y determina la actuación de la Administración pública de modo diverso y con diferente intensidad. No es infrecuente así que su aplicación deba ser también concreción creativa y comportar, incluso, elección entre opciones equivalente a capacidad de configuración en función de fines cada vez más diversos y amplios como resultado –en contraste con la tradicional Administración de policía y prestacional– de los requerimientos de la llamada “Administración garante de las prestaciones” (en este sentido, A. Vosskuhle, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung*, VVDStRL, tomo 62, 2003).

El modo de programación por el Derecho hace, pues, que sea normal la no predeterminación completa de la actuación administrativa. Cuando, dependiendo la efectividad de la norma, de ulteriores concreciones (en sede aplicativa), la norma misma contiene todos los necesarios criterios al efecto, el necesario proceso “ejecutivo” de concreción debe ciertamente operar con criterios jurídicos. No sucede lo mismo, sin embargo, en el caso, igualmente posible, de que la norma contemple el juego también de criterios no jurídicos, es decir, de las que se califican como “orientaciones prescriptivas no jurídicas del actuar administrativo”, que se caracterizan, en general, por no comportar ni una expectativa de observancia fijada en una norma (pero si en otro lugar), ni una amenaza normativa de sanción para el caso de inobservancia.

- b) El Derecho programador de la actuación administrativa es siempre y sólo Derecho objetivo, que, por ello, vincula a los destinatarios (desde luego a la Administración) incluso aunque los ciudadanos no puedan recurrir a la tutela judicial para garantizar su observancia.

Desde esta perspectiva, las normas con las que el Derecho determina la actuación administrativa se ofrecen primero y ante todo como normas de conducta (programas normativos) y sólo secundaria y ulteriormente como normas de control (programas de control, especialmente judicial).

Consecuentemente, el proceso de toma de decisiones tiene una entidad propia, reclamando la ampliación de la perspectiva establecida y usual.

Los programas normativos encomiendan la solución de problemas, es decir, la satisfacción de necesidades sociales. Las consecuencias desencadenadas por la Administración en el cumplimiento de la tarea asignada o de las que está pueda ser (co)responsabilizada en todo caso son decisivas, pues, para la calidad de dicho cumplimiento y, por lo mismo, el enfoque “directivo” (la *Steuerung*) centrado en los efectos de la acción administrativa, para la valoración de la actuación administrativa. En el entendido de que la “dirección” u orientación por el Derecho comprende la realidad observable empíricamente, pues ésta debe tenerse en cuenta desde luego en la comprensión (y la concreción) de las normas/reglas jurídicas.

De lo que se sigue que tal enfoque debe determinar la ciencia jurídico-administrativa, necesitada así de superar su actual estadio de ciencia interpretativa orientada por los textos normativos (reducción del método a la interpretación de las normas) y centrada en los límites de la actuación administrativa para ampliarse hasta pasar a ser ciencia de la actuación y decisión administrativas dirigidas a la solución de problemas sociales, comprensiva de los ámbitos de acción bajo la propia responsabilidad con los que cuenta la Administración.

- c) De todo lo cual deriva: i) la relativa “posición constitucional propia” (*Eigenständigkeit*) de la Administración pública cuando opera en ámbitos entregados a su decisión; y, como consecuencia y en tal caso, ii) la legitimación normativa democrática no se puede alcanzar solo mediante la observancia de la legalidad (entendida como ausencia de vicios jurídicos), debiendo complementarse con otros factores de legitimación, en especial las garantías procedimentales; y ello, porque la Ley no sólo impone límites a la intervención administrativa, sino que programa el cumplimiento de tareas con una determinada calidad. Todo lo cual tiene dos importantes consecuencias: de un lado, la necesidad de revisar el método de la aplicación del Derecho, y, de otro, la exigencia de la apertura vigilante y crítica, pero abierta, a otras disciplinas (especialmente, la ciencia política, la económica y la de la Administración).

3. Está afirmándose, pues, una corriente de renovación del Derecho administrativo cuyo propósito no es en modo alguno falsificar y sustituir paradigmas, sino más bien ampliar el horizonte científico y reformar el método para superar las deficiencias e insuficiencias del edificio actual. Como quiera que entre nosotros los esfuerzos tanto individuales, como los incipientes colectivos no han logrado cuajar aún en un planteamiento, una dirección y unos objetivos claros y asumidos por un sector doctrinal significativo, es de utilidad el ejemplo de la doctrina alemana, cuyo avance denota la expresiva acuñación de la “Nueva ciencia del Derecho administrativo” (*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*), exponentes destacados de la cual son los autores hasta ahora citados (W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann y A. Vosskuhle) y cuyo objetivo confesado es la incorporación al campo de análisis

propio de la ciencia jurídico-administrativa de la Administración y su actuación vistas desde su integración en el entramado de los poderes públicos y el juego de los diferentes planos del Derecho. La cuestión de la posición definitoria de la Administración se plantea así en el contexto del complejo de estructuras regulatorias (integradas por múltiples actores públicos y privados en comunicación múltiple entre sí) resultante de la suma de 1) el conjunto, diverso, de programas normativos materiales y formales relevantes para la solución en cada momento de los problemas sociales; 2) el acervo, también diverso, de orientaciones cognoscitivas y prescriptivas de la organización actuante y sus miembros; y 3) el entramado de incentivos positivos y negativos correspondientes.

4. La acometida de la reforma o renovación, cuya necesidad queda identificada, hace indispensable, como ha puesto de manifiesto C. Franzius¹⁴, una cuidadosa reconsideración del método que permita abandonar el descuido, en aras de la integridad, de las funciones del Derecho administrativo, es decir, retomar la cuestión de la determinación de éstas como condición no sólo de la resituación de aquél –como parte del Derecho público– ante los cambios en el Derecho y el Estado, sino el replanteamiento del mismo ante la evidencia de la diversidad de sus funciones: programación positiva de la actuación administrativa y no sólo negativa de su control; funciones, que cumple a un doble escalón –normativo y de aplicación– cuya consideración permite un análisis transversal de los problemas existentes y la formulación, por tanto, de un programa de reforma o renovación.

4.1. *El Derecho administrativo como mecanismo de dirección y programación de la actuación administrativa.*

Si E. Schmidt-Assmann¹⁵ ha llamado la atención sobre los riesgos de la vinculación del ejecutivo por la Ley y el Derecho no es porque deba ponerse en cuestión el paradigma irrenunciable de la Ley como directriz determinante de la actuación administrativa, sino porque limita la capacidad para asumir todas las consecuencias que resultan de i) la transformación del papel y la función de la Ley parlamentaria¹⁶ y ii) la necesidad de la comprensión de ésta como reto permanente y continuado de la aplicación del Derecho.

Las limitaciones que impone el paradigma derivan, por de pronto, del modelo que, al apurar el régimen de la ejecución de la Ley, propicia la reducción al esquema binario actuación administrativa ilegal-discrecional (libre de dirección legal), dejando fuera de visión el hecho evidente de que la Ley no sólo fija límites, atribuye potestades y, con ello, encomienda tareas, presuponiendo la necesidad de la concreción de sus prescripciones en sede aplicativa. Con la consecuencia de que

¹⁴ C. Franzius, *op. cit.* en nota 1.

¹⁵ E. Schmidt-Assmann, *Gefährdungen der Rechts- und Gesetzbindung der Exekutive*, en *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern* 1997, págs. 745y sgs.

¹⁶ Sobre esta transformación véase W. Hoffmann-Riem, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts- und Gewährleistung durch Normen*, AöR 130, 2005.

la dirección legal no siempre es acabada o totalmente determinadora de la actuación administrativa¹⁷, con la consecuencia de que la ejecución, en sede aplicativa, de la Ley también concreta ésta y participa, por ello, de la acción de configuración social.

Pero también inciden la conversión del Estado prestacional en Estado de garantía de las prestaciones y el deterioro de su papel de control social fundamentalmente por razón de la entidad adquirida por el fenómeno de la innovación.

De lo primero deriva la dificultad que comporta la progresiva dependencia de la efectividad de la dirección y el control normativos estatales de la autorregulación social¹⁸, que desdibuja la diferenciación entre el sujeto y el objeto de la dirección y el control sociales¹⁹ y la distribución y asignación de las responsabilidades de dirección y control sociales; problema este último, que sólo puede afrontarse con éxito reconociendo a la Administración un discreto papel propio en la dirección social (la que los alemanes resumen en el concepto de *Eigenständigkeit*). Se trata de una dificultad, en modo alguno del acta de relevo de la Ley, pues, aunque ésta haya perdido el monopolio de la dirección y el control sociales, sigue representando el “cuadro de mando” del proceso directivo y de control, por más que con ello la técnica de la reserva de Ley precise de actualización (siquiera sea en los términos de su satisfacción). La superación de la dificultad sólo tiene como presupuesto la aceptación de la evidencia de que los límites directivos son consustanciales al Derecho.

La pérdida por el Estado, especialmente en su dimensión de administrador, de capacidad de control social está inducida sin duda por: i) la privación de muchas de las posibilidades para el cumplimiento de sus tareas y cometidos, muy especialmente de la de realización de éstos por sí mismo para evitar situaciones de déficit de implementación; y ii) la presión por el cambio en el instrumentario de la acción administrativa en el contexto de entronización de la confianza en el mercado. La reticencia al recurso a medios imperativos y de intervención, unida a la mayor dependencia de la colaboración de los particulares que implica la privatización, dificulta la influencia en los comportamientos de los actores sociales, de los que depende en definitiva la protección de los bienes jurídicos. Y la consecuente renuncia a controles preventivos (supresión de autorizaciones; recurso a simples comunicaciones e, incluso, autocertificaciones o, al menos, certificaciones, acreditaciones u homologaciones privadas; simplificación de procedimientos; potenciación de los efectos del silencio administrativo positivo, etc.²⁰) aboca a la consecuencia indeseada del incremento o el reforzamiento de la

¹⁷ Neil MacCormick, *Legal reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press 1978, pág 271, señala, por ello, que los sistemas normativos están racionalmente estructurados, pero no racionalmente determinados.

¹⁸ La cual se manifiesta en la interposición entre el Estado y los destinatarios de la dirección y el control sociales de organizaciones privadas y la asunción por ellas de importantes tareas directivas y de control.

¹⁹ Sobre este desdibujamiento: Di Fabio, *Verwaltung und Verwaltungsrecht, zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStL 56, 1997.

²⁰ Sobre todo esto último es decisiva, además, la influencia del derecho comunitario europeo -marcado, como se sabe, por las reglas de las libertades comunitarias sobre libre mercado- que tiene su última manifestación en la Directiva sobre servicios y que ya ha dado lugar, entre nosotros, a un Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios.

vigilancia, la supervisión, la intervención imperativa o el control represivo *ex post*, el recurso a la tipificación de infracciones y la imposición de sanciones cada vez más severas (en su caso, a golpe de la coyuntura y sin observancia de la proporcionalidad); con la consecuencia del agravamiento del déficit en el control social por la dificultad de la implementación de tales medidas y la regresión –en búsqueda de la “eficacia”– en las conquistas alcanzadas por el Estado de Derecho como respuesta a aquel déficit y esta dificultad (especialmente por recurso al efecto intimidatorio inherente a la sobreprevención general, en detrimento obviamente del espacio reconocido a la libertad y los derechos-garantías a ellos conectados).

La combinación de estas transformaciones, que se producen en un contexto de cambio continuo –generador de nuevos riesgos– basado en el alza del valor de la innovación favorecido por el avance científico y técnico, están haciendo aflorar serios problemas en el control estatal de los procesos sociales, especialmente del articulado a través del Derecho y la acción administrativos. A escala nacional no hace falta aludir siquiera al medio ambiente y el cambio climático (que es una cuestión de dimensión y responsabilidad mundial); basta con remitir a la incapacidad de las técnicas de disciplina de la ordenación territorial y urbanística para contener, durante años, los aberrantes procesos de ocupación y transformación del suelo.

Queda así planteado el problema de la relación entre el cambio y la innovación social, de un lado, y el Derecho como sistema de control, de otro, que fuerza una evolución en el mismo sentido ya apuntado. Aunque el Derecho se ha ocupado siempre de acompañar e, incluso, de fomentar el cambio, la rapidez, continuidad e importancia del propio de la época actual están desbordando su capacidad para cumplir eficazmente tal función. Y ello por la dificultad inherente a la cuestión de cómo pueden ser evitados los riesgos de la continua innovación social y maximizadas sus ventajas. Lo que vale decir: cómo puede anticiparse hoy si las innovaciones llevan a resultados deseados o no. De esta suerte, el Derecho, aún no adaptado a las nuevas condiciones sociales, debe operar sin contar con el soporte en la experiencia, menos aún segura, indispensable para ello, es decir, en un contexto de inseguridad e incertidumbre, pues el buen orden social depende de él incluso para la preparación del futuro.

Esta situación coloca el Derecho, además, bajo luz equívoca, pues si la perspectiva del valor innovación favorece su percepción negativa, concretamente como obstáculo, cuando no impedimento, a la creatividad y el éxito en el mercado y, por tanto, al progreso del bienestar, las actualizaciones de los riesgos generados por la innovación renuevan, reforzándolas, las apelaciones al Derecho, especialmente cuando se trata de determinar las responsabilidades por las consecuencias negativas de los nuevos procesos sociales.

El Derecho no puede, sin embargo, escapar a tal destino. Pues su papel nuclear es el de tutela y la protección, de modo que al procurar seguridad general, coarta, constriñe inevitablemente las posibilidades del o de lo protegido. Pero, al propio tiempo, debe cumplir ese papel despejando igualmente las incertidumbres cara al futuro, lo que apunta principalmente a la prevención de riesgos (lo que todavía no es realidad o actualidad), a la regulación de lo nuevo aunque todavía no sea

conocido del todo. Al cumplirlo fija sin duda límites y excluye unas posibilidades, pero también abre otras posibilidades y acota riesgos. La importancia de la adecuada consideración de las consecuencias deriva de la posibilidad, en una época que, como la actual, U. Beck²¹ –el teórico de la sociedad del riesgo y de la modernidad reflexiva– ha calificado como la de los “efectos secundarios o colaterales”²², de que las no tenidas en cuenta anulen los posibles efectos positivos.

De ahí que, desde el planteamiento del Derecho como instrumento abierto a y responsable de la innovación, W. Hoffmann-Riem²³ haya planteado la necesidad de que:

- 1º. El Derecho siga construyendo confianza mediante predictibilidad, pero que, cuando no lo pueda conseguir, se reoriente en mayor medida –afrontando la inseguridad– hacia el manejo de la incertidumbre mediante una mayor flexibilidad y capacidad de aprendizaje para conseguir que las innovaciones de todo tipo se produzcan, pero lo hagan en términos que estén dentro del interés de la generalidad de los ciudadanos (lo que requiere de la ciencia jurídica una investigación sobre la innovación).
- 2º. La Ley, aunque siga entendiéndose como límite de la actuación lícita estatal, se conciba asimismo como encomienda de configuración y optimización de la vida social en un “corredor de lo permisible jurídicamente” y, por tanto, instrumento normativo para la garantía de la calidad de la actuación con impregnación jurídica (y, en tal sentido, de “dirección y control sociales”). Porque de lo que se trata es de la contribución del Derecho a la consecución de efectos normativamente pretendidos y la evitación de los normativamente indeseados. Con la consecuencia de la imprescindible ampliación tanto de las formas de control social y de la actividad (administrativa esencialmente) y de las estrategias de regulación (complementación del Derecho imperativo –órdenes y prohibiciones– por el Derecho habilitante, posibilitador –incluso, como hemos visto, de la autorregulación), como de los criterios jurídicos (ampliación a fines “blandos” o “grises” tales como los de efectividad, eficiencia, aceptación social o factibilidad).
- 3º. La operación con la vista puesta en el juego no de normas determinadas y aisladas, sino más bien del necesario conjunto de normas, aún pertenecientes a diferentes ramas del Derecho y niveles de jerarquía, para su complemento recíproco, incluso con carácter subsidiario o supletorio en caso de insuficiencia o deficiencia de la primariamente aplicable. Lo que vale decir: la importancia progresiva de enteras estructuras regulatorias complejas.

²¹ Véase U. Beck, *Das Zeitalter der Nebenfolgen und die Politisierung der Moderne*, en Beck, U./Giddens, A./Lash, S. E (edits.), *Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996.

²² Que son tanto los no pretendidos o buscados por la acción, como los de segundo grado o derivados de la inacción.

²³ W. Hoffmann-Riem, *Recht als Instrument der Innovationsoffenheit und der Innovationsverantwortung*, en H. Hof y U. Wengenroth (editores), *Innovationsforschung. Ansätze, Methoden, Grenzen und Perspektiven*, Ed. LIT, Münster 2007, págs. 387 y sgs.

Se trata de un planteamiento que parte de la comprobación elemental de que las sociedades de masas actuales no pueden prescindir del Derecho (en particular en su función de prevención de riesgos), por más que la capacidad de control social de éste se encuentre hoy significativamente disminuida al menos en algunas dimensiones. Los límites que en su capacidad de control viene sufriendo el Estado no implican necesariamente, sin embargo y paradójicamente, descenso de las expectativas y esperanzas en él depositadas cara al aseguramiento del bien común, lo que explica el activismo normativo (incluso para reformar el elenco de los instrumentos de acción).

Se entiende, pues, que la nueva ciencia jurídico-administrativa en desarrollo en Alemania postule, desde la crítica a la triple idea básica y atrayente, pero reduccionista, de que la Ley dirige la Administración, ésta se circunscribe a “trasponer” su voluntad y los Tribunales controlan este último proceso, la conversión del Derecho administrativo en ciencia de la dirección social en cuanto perspectiva ésta que permite superar el horizonte del acto para alcanzar el de los efectos y consecuencias de la acción administrativa perspectiva sustituye la perspectiva referida al acto por la referida a los efectos. Desde tal enfoque las normas muestran plenamente su faceta primaria de programación de conductas y actuaciones con arreglo a criterios de corrección y acierto y con la pretensión de producir efectos en la realidad según una lógica que, junto a la dimensión de lo legal/ilegal, comprende la de lo seguro/inseguro, así como lo deseado/indeseado (claramente en el Derecho de la técnica, los productos farmacéuticos el medio ambiente). La ampliación del campo científico posibilita así la plena incorporación de las fórmulas para tratar la crisis de capacidad de control social y, en especial, adaptar el Derecho administrativo a fin de que pueda seguir dirigiendo efectivamente la actuación administrativa incluso más allá del estricto y tradicional criterio de legalidad.

Como advierte C. Franzius²⁴ este paso no está exento de riesgos, concretamente de los de: i) defraudación de prescripciones normativas no compensado por ganancia en racionalidad; y ii) regresión a tiempos premodernos por sobrecarga de la perspectiva del deber ser con la del ser (que se reputa supuestamente ajena al derecho). Por eso debe darse con la precaución de evitar la defraudación del orden estimativo constitucional, que impide desde luego la completa entrega al ser, a la realidad, abandonando la selectividad reduccionista que es inherente a la perspectiva normativa, constitutivamente diferenciadora entre Derecho y No Derecho. De lo que se deduce, y en ello debe convenirse con dicho autor, que el camino a seguir por la ciencia jurídico-administrativa presupone la concepción de la dirección o el control social como posibilitación normativa de una actuación administrativa acorde con las tareas encomendadas para la consecución de los efectos pretendidos y evitación de los no deseados y apunta, así, a la captación de la eficacia directiva del Derecho programador hasta ahora descuidada. Y ello tanto en el momento de la normación, como en el de su aplicación. Pues en el primero se hace precisa

²⁴ *Op. cit.* en nota 1.

la desmitificación de la confusión de Estado y Derecho (tabú alimentado, en nuestro sistema, por el art. 1 CE), pues ni el Estado ostenta ya el monopolio de la normación, ni el control social se cumple sólo por la legislación. Y el segundo, el momento de la aplicación, demanda mayor atención en aras i) del reconocimiento de la evidencia de la utilización por el Derecho, en virtud de su pretensión de programación de una actuación administrativa no sólo legal sino eficaz, de un elenco de criterios directivos que desborda los jurídicos y ii) de la elaboración dogmática de los hasta ahora excluidos. Lo que comporta una visión no circunscrita a la tutela jurídica en términos de control, sin que la prevención frente a la juridificación conduzca a caer en el peligro contrario de exceso de desjuridificación.

En otros términos: Concibiendo normación y aplicación como un continuo funcional, pero manteniendo la diferenciación entre ellas, el Derecho administrativo debe centrarse en la segunda, pues en ella se cumple la toma de decisiones bajo la propia responsabilidad y participa, por ello y en esa medida, en la creación del Derecho. El control social se verifica, pues, a lo largo de todo el proceso del expresado continuo funcional, de modo que se traduce en una gestión compleja plagada de interdependencias y guiada por el Derecho, en la que –para la consecución de los efectos pretendidos– juegan estructuras regulativas diversas (jurídicas y no jurídicas) en una dinámica transversal a la diferenciación entre normación y aplicación. Obvio resulta decir que esto implica la apertura de la ciencia jurídico-administrativa al acervo de conocimientos y técnicas de disciplinas afines, en especial la economía y las ciencias política y de la Administración. La recepción de categorías y técnicas de tales disciplinas y su integración en el sistema dogmático propio constituye, pues, uno de los retos (plagado también de riesgos) del Derecho administrativo²⁵.

²⁵ Sobre esta importante cuestión, véase Jörn Lüdemann, *Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, mayo 2007. El trabajo es ilustrativo de la entidad de la tarea a desarrollar, pues distingue, por de pronto, los planos de la operación de recepción y señala las dificultades que cada uno comporta en los siguientes términos:

1) La incorporación de conceptos (*Begriffsrezeption*), que –teniendo en cuenta que todo concepto adquiere sentido en el seno de una teoría– ha de superar la tendencia inicial a una reacción autoinmune. Lo que significa que en cada caso la importación requiere, para que el concepto de que se trate no permanezca siendo un cuerpo extraño, la elaboración teórica indispensable en el seno del propio Derecho administrativo y, en todo caso, la pertinente elaboración propia para que el menos pueda desempeñar la función de “puente” hacia la o las disciplinas no jurídicas correspondientes.

2) La utilización o incorporación de teorías normativas ajenas (*Rezeption normativer Theorie*), que demanda asimismo una elaboración valorativa propia por el Derecho administrativo. Un buen ejemplo es el de la teoría de la ciencia política sobre las redes como manifestación actual de la gobernanza política, recomendada por autores como Renate Mayntz (*Policy-Netzwerke und die Logik von Verhandlungssystemen*, en P. Kenis y V. Schneider (eds.), *Organisation und Netzwerk*, 1996, págs. 471 y sgs.) y F.W. Scharpf (*Positive und negative Koordination in Verhandlungssystemen*, en A. Héritier (ed.), *Policy-Analyse*, 1993, págs. 57 y sgs.) y que se considera de utilidad para la sistematización dogmática del fenómeno de la cooperación del Estado con privados.

3) La recepción de teoría positiva y empirismo (*Rezeption positiver Theorie und Empirie*), es decir, de teorías y análisis de casos en las ciencias sociales descriptivos, explicativos y predictivos de la realidad

Que esto es así, resulta del hecho incontrovertible de que el Derecho no es un fin en sí mismo, persigue su efectividad y, por tanto, el efecto de la configuración de la realidad; configuración que, cuando se produce en términos de programación administrativa, remite a la eficacia de la actuación administrativa. Lo que exige del Derecho administrativo una respuesta científica adecuada cuya formulación está lejos de exigir el abandono del Estado y del Derecho como mecanismos principales de dirección y control social que siguen siendo a pesar de todos los cambios. Pues como acertadamente apunta C. Franzius, cuya línea argumental venimos siguiendo, la única solución plausible –a pesar de los riesgos que comporta²⁶– al problema de cómo el Derecho puede cumplir las expectativas sociales en la eficacia de sus funciones directivas y de control reside en la comprensión de la pluralidad de factores, relevantes jurídicamente, que inciden en su efectividad; factores, cuya reproducción por el Derecho exige, superando el código binario legalidad-illegalidad, una matriz pluridimensional en la que tengan cabida también criterios no jurídicos de acierto y corrección de las decisiones y acciones). Es evidente, como ha señalado W. Hoffmann-Riem²⁷, que la Administración opera siguiendo como criterio no sólo el Derecho, sino igualmente las posibilidades que éste ofrece.

5. Las funciones del Derecho.

Si la idea constructiva que parece imponerse como de todo punto conveniente y se añade a la tradicional, condicionándola, es la de la dirección social que ve el sistema de fuentes desde la que M. Burgi²⁸ denomina, para captar la diversidad de órdenes que lo componen, perspectiva combinatoria o asociativa (*Verbundperspektive*) y permite, como apunta C. Franzius, estrategias regulatorias sistémicas, impone, como ya se ha avanzado y al contemplar el Derecho desde sus efectos, la resistematización de las plurales funciones del Derecho.

5.1. La función de tutela de intereses y resolución de conflictos.

Por su planteamiento y método –en particular el énfasis en la tutela judicial de situaciones jurídicas individuales– el Derecho administrativo ha determinado una considerable reducción de la dimensión relevante de esta básica e insustituible función, haciendo pasar a un segundo plano, cuando no marginando completamente, el

[Cont.]

(en su caso, en relación con un supuesto real determinado), en cuanto de suma utilidad para la ampliación del campo de visión de la ciencia jurídico-administrativa.

Pero, después de señalar la necesidad de una teoría de la recepción dirigida a garantizar la correcta adaptación de los conocimientos de otras ciencias sociales y el recurso acertado a éstas, que remite a la cuestión de la identificación de las fuentes idóneas, señala igualmente las siguientes tres etapas de toda recepción: la de preparación, la de valoración y la de elaboración.

²⁶ En sentido crítico y en relación con los riesgos apuntados, véase R. Schmidt, *Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe*, en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann (eds.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994.

²⁷ W. Hoffmann-Riem, *Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung*, DÖV 1997, págs. 433 y sgs.

²⁸ M. Burgi, *Rechtsregime*, en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann/A. Vosskuhle (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2006, tomo I, par. 18.

juego en ella del Derecho objetivo. Los procesos de decantación de intereses en las sociedades actuales, en efecto, dan lugar no sólo a discretas y separadas situaciones individuales (con las que se corresponde el modelo de relación jurídico-administrativa bipolar clásica), sino sobre todo bien a intereses a largo plazo difícilmente articulables en términos tradicionales (y en todo caso imputables a sujetos determinados), bien a constelaciones complejas de intereses (que se corresponden con relaciones jurídico-administrativas multipolares entre sujetos de naturaleza diversa, públicos y privados). La cuestión no es por ello tanto, aunque también (porque conserva su vigencia), la de la protección de los primeros, cuanto sobre todo la de cómo puede el Derecho objetivo proteger, organizándolos y armonizándolos, los implicados en las apuntadas constelaciones; cuestión, que hace precisa la revalorización del papel de dicho Derecho²⁹.

Vista así, la función de tutela de intereses permite la identificación y el tratamiento de problemas hasta hoy descuidados. Y que, según C. Franzius³⁰, van desde los relativos a la operatividad de las reglas simples sobre prevalencia, prevalencia o priorización de intereses concurrentes o en contradicción o la consistencia defensiva de las posiciones individuales y la distribución de las cargas de motivación o justificación, hasta los que derivan del hecho de que el Derecho -sobre todo como consecuencia del desarrollo del llamado Estado cooperativo- ha dejado de regular únicamente en forma clásica para hacerlo también, y en medida no despreciable, articulando, con diferente grado de precisión, procesos decisionales que deben abocar a un resultado satisfactorio.

De esta suerte, el cumplimiento de la función comentada:

- Requiere operatividad anticipada al conflicto.
- Presupone la gestión de intereses por parte de instancias estatales y no estatales (sociales, privadas).
- Precisa la potenciación de la resolución de conflictos mediante la armonización de intereses. Lo que remite a la estructuración de redes (con diversos actores portadores de diferentes intereses)³¹ y la articulación de mecanismos organizativos y procedimentales facilitadores de la aceptación de las decisiones³² en el entendido de que: i) el Estado ha dejado de monopolizar la posición de “tercero neutral”; ii) el Derecho no es capaz ya por sí solo de imponer la referida armonización y si sólo de propiciarla, por tratarse de una tarea social situada más allá, o más acá, si se prefiere, de la tutela judicial; y iii) la “transacción” no sólo presupone el conflicto de intereses, contribuye a su superación³³.

²⁹ Sobre este problema y la importancia del procedimiento para su resolución, ya R. Wahl, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, VVDStRL 41, 1983.

³⁰ *Op. cit.*, en nota 1.

³¹ Sobre las redes y la pertenencia de la recepción y utilización de la categoría por el Derecho administrativo, véase Jörn Lüdemann, *op. cit.* en nota 24.

³² Sobre ello, véase T. Würtenberger, *Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, 1996.

³³ Véase W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann (eds.), *Konfliktbewätigung durch Verhandlungen*, 2 tomos, 1992.

5.2. La compleja función de limitación del poder público y de realización del Derecho, en particular mediante la programación de la actuación administrativa.

El método jurídico y la concepción de la actuación administrativa como ejecución simple -equivalente, en la hipótesis ideal típica, a aplicación mediante subsunción- distorsiona también la extensión y el alcance completos de esta igualmente compleja y esencial función del Derecho. A pesar de lo cual tampoco aquí puede hablarse de obsolescencia del modelo establecido, sino más bien de insuficiencia del mismo: la que deriva de la colocación del acento en los indispensables e insustituibles límites jurídicos al poder público, colocando fuera del campo de visión o, cuando menos, velando su dimensión principal. La cual no es otra que la de atribución a la Administración de tareas de configuración de la realidad social o, en otras palabras: la realización efectiva del programa normativo y, con ello, del Derecho mismo.

Como destaca C. Franzius³⁴, ambas dimensiones integran un binomio inseparable. Pues el Derecho, sin perjuicio de su dimensión tutelar, persigue igualmente su realización. La perspectiva que proporciona aquella dimensión, conservando su trascendencia, resulta hoy insuficiente. Pues el Derecho no solo disciplina el poder público administrativo, genera igualmente ámbitos de actuación de los actores -públicos y privados- que intervienen en la satisfacción del interés general abre espacios de actuación para los actores públicos y privados. Lo que, en relación con la Administración pública, i) resalta la asignación de tareas o cometidos con vistas a objetivos³⁵ y fines determinados; y ii) plantea la cuestión de los términos en los que el Derecho puede dirigir de forma efectiva y, por tanto, plena (no sólo con criterios estrictamente jurídicos) los comportamientos y las actuaciones para controlar el cumplimiento de dichas tareas y la consecución de estos objetivos, dejando claro que la identificación y elaboración de los correspondientes criterios es cometido de la ciencia jurídico-administrativa, razón que lleva de la mano nuevamente a su necesaria apertura a las disciplinas sociales vecinas.

La apuntada función de dirección del Derecho, en cuya teorización debe trabajar la ciencia jurídico-administrativa, se traduce, en definitiva y con superación (aunque comprendiéndola) de la que se ha venido en calificar como su tradicional cometido "catecónico"³⁶, en el establecimiento y la actualización de la adecuada "infraestructura" de los procesos para su realización. Pero, más en particular, en la programación de la actuación administrativa mediante la asignación de tareas y el control del cumplimiento de éstas.

³⁴ *Op. cit.* en nota 1.

³⁵ Al respecto véase la obra colectiva H. Hill/Hoff (eds.), *Wirkungsforschung zum Recht*, Baden-Baden 2000.

³⁶ En este sentido, Hasso Hoffmann, *Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts*, JZ 1988.

Desde esta última perspectiva la actuación administrativa se muestra como respuesta al programa normativo (el cual contiene, a su vez, elementos de “reacción” frente a la insuficiencia, la deficiencia o la desviación de tal respuesta), de modo que la función directiva se traduce en un proceso interactivo que obliga a contemplar las relaciones e interacciones entre actores e instrumentos de dirección.

Es claro, en efecto:

- Por de pronto, que el Derecho no puede anticipar y, por tanto, predeterminar completamente, sólo con criterios jurídicos, la acción de la Administración. En la medida en que el programa normativo, por su propia naturaleza y función, comprende inevitablemente el plano de la realidad a configurar, el cumplimiento de la tarea que asigna a la Administración (mediante la atribución a ésta de la o las potestades pertinentes) no puede reducirse a la observancia de los límites jurídicos impuestos. Pues si el impone a la Administración el cumplimiento efectivo de su cometido, ha de dirigir necesariamente su actuación con criterios de más amplio espectro, comprensivo de la eficacia, la eficiencia, la aceptabilidad social, la viabilidad o factibilidad y, en suma, la optimización. Lo que, como comprobaremos, remite al plano de la aplicación del Derecho en el seno o en el curso de la ejecución administrativa.

- Lo cual supone, a renglón seguido, la falsificación de la premisa de que la corrección o regularidad de la acción administrativa es idéntica a estricta legalidad, incapacitando así la ciencia jurídico-administrativa establecida para afrontar y resolver los nuevos retos en términos de mera evolución o adaptación. Sólo el reconocimiento sin reticencias de que la programación legal puede contener, junto a los jurídicos (cuya trascendencia debe quedar y queda incólume), criterios de otra naturaleza y que ello es una necesidad del sistema para posibilitar una actuación flexible y “situativa” de la Administración en función de la lógica de los destinatarios de la misma y en modo alguno un fenómeno constitutivo de excepción a contener e incluso a desterrar, le puede permitir abordar con éxito -superando el reduccionismo del esquema binario potestad reglada/potestad discrecional- la realidad de los ámbitos de decisión administrativa entre alternativas igualmente conformes a Derecho. Pues tal es el presupuesto, en efecto, de la posibilidad de “estructurar” jurídicamente todos los factores relevantes para la toma de las decisiones administrativas. Siendo conveniente dejar precisado que ello no debe comportar desplazamiento o desvalorización alguna de la perspectiva clásica del control jurídico.

5.3. Función de “puesta a disposición”.

En línea de continuación con la anterior y conforme a G. F. Schuppert³⁷ el Derecho cumple igualmente una función de “puesta a disposición” de cuanto

³⁷ G. F. Schuppert, *Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft*, en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann (Eds.) *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen* 1993, págs. 65 y sgs.; antes ya, del mismo autor, *Recht als Steuerungsinstrument: Grenzen und Alternativen rechtlicher Steuerung*, en Ellwein/Hesse (eds.) *Staatswissenschaften. Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung*, 1990, págs. 73 y sgs.

requiere la dirección de la actuación administrativa para cumplir sus tareas y fines. La efectividad del Derecho como mecanismo de dirección o control requiere, desde luego en el caso del administrativo, la sujeción de la Administración, pero por ello mismo también que ésta esté organizativamente en condiciones y dispone de las formas y los procedimientos de actuación idóneos para cumplir su cometido propio.

Aflora aquí nuevamente la insuficiencia del Derecho administrativo actual derivada del descuido del mundo interior de la Administración: su organización (comprendiendo los medios personales, materiales y económicos) y funcionamiento. Pues la identificación de esta nueva dimensión funcional del Derecho arroja luz sobre el dato de que la eficacia de la dirección o el control social que le son propios dependen del juego de múltiples factores que, por ello mismo, precisan ser adecuadamente articulados por aquél. De lo que deriva la importancia de la ampliación del análisis de la ciencia jurídico-administrativa al cómo el Derecho suministra efectivamente las estructuras precisas e idóneas para la realización del interés general.

De donde, siguiendo a C. Franzius³⁸, se derivan dos consecuencias:

- a) El Derecho administrativo se ofrece no tanto como una promesa estatal de resultado, cuanto como estructuración de espacios sociales de posibilidades en los que la actuación de los actores (fundamentalmente los sujetos públicos, pero también ahora los privados) queda guiada por prescripciones jurídicas.
- b) La revalorización de las categorías abstractas y, en especial, la de interés general o público, allí donde el Derecho ha de articular el ámbito no estatal relevante para los fines perseguidos y precisamente porque en él el Estado ni puede ni debe poder hacerlo todo. La relativización de la posición y el papel del Estado no significa, en efecto, tanto mero repliegue y desentendimiento, cuanto transformación de las formas de operación y de cumplimiento de sus responsabilidades en un escenario de pérdida por la diferenciación de Estado y sociedad, de lo público y de lo privado de su sentido tradicional. Lo que conduce de nuevo a la perspectiva “directiva” para captar el giro funcional del Derecho hacia la orientación de la actuación de todos los actores relevantes, incluidos, pues, los privados y no sólo la Administración, de suyo genéticamente vinculada a aquél. El Derecho suma así Derechos de orden y prestación aparece una forma de dirección del Derecho que se caracteriza por la ausencia de regulaciones detalladas del comportamiento y el cerramiento en la articulación de una infraestructura jurídica que garantice en su conjunto que los objetivos y fines preestablecidos no se yerran por actores que no están ya obligados, por su propio status, por el bien común.

³⁸ *Op. cit.* en nota 1.

6. La aplicación del Derecho.

La traducción de la múltiple funcionalidad del Derecho en programación de la actuación de la Administración tiene lugar en un doble plano: el organizativo-procedimental y el sustantivo-material. De modo que, como pone de relieve la “nueva ciencia jurídico-administrativa” alemana, el efecto programador del Derecho se consigue por el juego combinado de ambos, sin que pueda descuidarse ninguno de los dos.

La complejidad de la programación cuestiona por si sola la bondad del modelo establecido en tanto que basado en la potencia de la programación normativa sustantiva para determinar (prefiguración anticipada) el proceso de ejecución y en la consecuente reducción de éste a la aplicación operada mediante “subsunción” (imputación de todo resultado, si correcto, a la norma sustantiva aplicada). Lo que vale decir: la explicación de la actuación administrativa como máquina en cuyo funcionamiento el *input* es la norma, el funcionamiento correcto es la subsunción del supuesto concreto en el abstracto de la norma aplicable conforme al programa y el *output* es el acto. La realidad desmiente el modelo, pues las operaciones de la Administración presentan con normalidad una complejidad mayor que la simple y automática (gracias al método estricto jurídico) subsunción. Surge aquí de nuevo la “posición propia” de la Administración en el entramado de poderes públicos, pues -como con acierto apunta C. Franzius³⁹- de un lado y a diferencia de los Tribunales, utiliza además del Derecho otros criterios de actuación y, de otro lado y a diferencia del legislador- no puede disponer en absoluto de tales criterios. En todo caso, el método de la subsunción tampoco responde estrictamente a la imagen del autómatas, pues parece indiscutible desde R. Alexy⁴⁰ comporta valoraciones y es más que un proceso no lineal⁴¹.

También aquí es preciso deshacer posibles malentendidos. La subsunción sigue siendo un modelo un modelo necesario y vigente, lo único cuestionable es su absolutización y generalización a la entera actividad administrativa. La simplificación que comporta la hace indispensable para la racionalización y estandarización de los procesos de trabajo en el seno de la Administración sin las que ésta se vería desbordada. Pero su radio de acción propio es sólo el de la programación normativa acabada o completa de tareas cuyo objeto sea adecuadamente prefigurable. Ocurre que en muchos casos la norma debe emplear conceptos que dificultan sobremanera o resultan sencillamente inidóneos para la operación de subsunción; referirse a hechos respecto de los que hay aún incertidumbre; o directamente encomendar la ulterior configuración de la realidad social a la Administración.

Hay, pues, ámbitos de la acción administrativa susceptibles de ser descritos en términos de estricta o mera aplicación según el ideal de la subsunción. Pero junto

³⁹ C. Franzius, *op. cit.* en nota 1.

⁴⁰ R. Alexy, *Theorie juristischer Argumentation* 1978.

⁴¹ En este sentido K. Engisch, *Logische Studien der Gesetzesanwendung*, 1963.

a ellos están aquéllos en los que tal ideal es insuficiente porque la aplicación implica también verdadera concreción –en sede ejecutiva– del programa normativo. El Derecho administrativo debe partir, pues, de la diversa textura de la programación normativa y, como consecuencia, de la diferente situación de la Administración a efectos de la toma de decisiones. Lo que, sea dicho de nuevo de paso, confirma la pertinencia del complemento de la perspectiva del control de la actuación administrativa con la de dirección del proceso de toma de decisiones y, por tanto, el mundo interior de la Administración (organización, medios y funcionamiento).

A la hora de la determinación de las estructuras decisionales, R.Alexy⁴² distingue, en efecto, las gobernadas por la ponderación de las que lo están por la subsunción, definiendo las primeras como aquéllas en las que la Administración no ha de cumplir –interpretando– tareas de ejecución, sino –concretando las normas– realizar tareas de configuración social, las cuales cubren, bajo la forma de habilitaciones y encomiendas de tal configuración, todo el campo actual de la discrecionalidad.

Según E. Schmidt-Assmann⁴³, la ponderación puede significar:

- a) Sólo la resolución de colisiones entre normas o bienes conforme a criterios fijados anticipadamente en la norma-programa misma, la cual no precisa, así, de complemento ulterior alguno a este respecto (de los criterios).
- b) Pero también la determinación misma del rango entre los criterios a aplicar, en la medida en que la norma-programa solo estructura el elenco de los que contempla excluyendo aquéllos que, conforme a ella, no pueden guiar la actuación administrativa.

La ponderación del segundo tipo es la que caracteriza la discrecionalidad administrativa: el fin de la norma habilitante orienta la opción que debe tener lugar en sede administrativa, en la que tiene lugar (en grado mayor o menor) una verdadera concreción de la norma-programa. La perspectiva que así se abre permite colocar bajo nueva luz las categorías establecidas, pues la ponderación –en tanto que dirigida por el Derecho– ni exime de las reglas generales, ni releva sin más a la subsunción. Expresa sólo, como apunta C. Franzius⁴⁴, las singularidades que derivan de la función de dirección y orientación por el Derecho de las tareas administrativas; singularidades reconducibles, en términos de la jurisprudencia contencioso-administrativa alemana⁴⁵: el mandato de ponderación propio del Estado de Derecho desborda la exigencia de la conformidad al Derecho y, con la incorporación de criterios no jurídicos, apunta al acierto en la ponderación (en el que se incluye, por cierto y en especial, la racionalidad en la utilización de los recursos naturales o sostenibilidad).

De donde se sigue la apertura por el mandato así entendido de nuevas perspectivas en el tratamiento de las dificultades que plantea la racionalización del

⁴² R. Alexy, *Ermessensfehler*, JZ 1986; y también *Die Gewichtsformel* 2003.

⁴³ E. Schmidt-Assmann, *Recht als Ordnungsidee...*, op. cit. en nota 22.

⁴⁴ Op. cit. en nota 1.

⁴⁵ BVerwGE 34, 310; 45, 309; y 56, 110.

desarrollo de las tareas administrativas. Pues el mandato no representa tanto otorgamiento de espacio de libre decisión, cuanto estructuración de criterios (no necesariamente jurídicos) para la toma de decisiones sobre el resultado a obtener y no predeterminado normativamente. Con lo que coloca en el campo del análisis jurídico la dimensión del proceso decisonal que el método jurídico estricto coloca en sombra. La incapacidad del Derecho para predeterminar acabadamente la totalidad de la acción administrativa no significa ya, en efecto y gracias a la permeabilidad hacia los criterios no jurídicos, renuncia de aquél a dirigirla, orientarla o gobernarla de forma determinante. Y ello, porque, sin perjuicio de las cuestiones que sin duda plantea, la ponderación, en cuanto forma de tomar decisiones vocada a la armonización adecuada de fines, objetivos e intereses, es capaz de perfundir su lógica y, por tanto, su pretensión de racionalidad a la entera actuación administrativa.

La novedad radica en que la ponderación no es el extremo de una gradual diferencia para con la subsunción. Pues representa la afirmación de una forma de toma de decisiones con perfil propio que, aunque no totalmente predeterminada por el Derecho, es igualmente gobernada por éste⁴⁶. Y en la elaboración dogmática de ese perfil radica el reto, de cuya entidad dan cuenta los siguientes apuntes de C. Franzius⁴⁷:

- a) Fin de la ponderación es la fijación motivada de relaciones de prelación entre argumentos contrarios y ello en el contexto de sustitución de la anticipación normativa sustantiva de la solución (la decisión correcta) por la imposición de requerimientos normativos al proceso decisonal mismo.
- b) El centro de gravedad se desplaza así hacia este último y la consecuente estructuración de la utilización efectiva del ámbito de decisión bajo la propia responsabilidad (adquiriendo renovada importancia la recogida y selección de toda la información –incluida la de la realidad– relevante para la decisión; la participación de los afectados; la determinación “situativa” de puntos de vista y necesidades y la valoración y armonización de éstas), pero comprendiendo también la motivación adecuada de la decisión y su declaración.

La dirección por el Derecho se manifiesta, pues, en el gobierno “jurídico” no sólo del proceso decisonal mediante la determinación del llamado gráficamente “corredor” de posibles decisiones lícitas y articulando el hallazgo de éstas, pero también determinando, por ejemplo, su grado de complejidad y, por tanto, la posibilidad de su simplificación mediante, por ejemplo, la consecución de acuerdos y convenios, sino igualmente la formalización de su resultado.

⁴⁶ Según C. Franzius (op. cit. pág. 30) lo que caracteriza la decisión mediante ponderación es que, por su complejidad y su finalidad armonizadora de intereses públicos y privados y jurídicos y no jurídicos, su resultado en cuanto proceso no está anticipado normativamente como consecuencia de inseguridades cognoscitivas y requerimientos de pronóstico.

⁴⁷ Op. cit. en nota 1.

En este último terreno, el de la decisión misma y su formalización, se localiza otra insuficiencia de la dogmática en tanto que volcada hacia el control judicial de los vicios de la ponderación reflejados obviamente en el acto administrativo y por tanto centrando la atención en las normas de control (*locus* de los criterios de fundamentación del acto, complementados, todo lo más, por los procedimentales más esenciales) y descuidando las normas de actuación (*locus* de los criterios de valoración del comportamiento y, por tanto, del proceso decisional). Pues así no puede alcanzarse la entera racionalización jurídica de la aplicación del Derecho por la Administración, al quedar fuera de la visión el proceso de búsqueda y encuentro de la solución. Pues exige que la corrección de la actuación administrativa derive no sólo de la ausencia de vicios en la declaración motivada de la decisión, sino también en la coincidencia de los motivos declarados con los determinantes de la adopción de la decisión. Es cierto que la exigencia de la formalización de los motivos con ocasión de la decisión opera anticipadamente sobre el proceso de adopción de ésta, pero también lo es que no en medida bastante para orientar efectivamente el proceso como tal. La dimensión de “concreción normativa” presente en la aplicación del Derecho difumina la frontera entre normación y ejecución (sin perjuicio de la persistencia de la utilidad de la diferenciación de las correspondientes funciones) demandando la prestación de atención a todas las condiciones y los factores de la formación de la decisión, incluidos los que operan en la fase de la aplicación, como presupuesto para que el Derecho dirija y controle efectivamente la entera actuación de la Administración. Pues, como ha destacado H. H. Trute⁴⁸, no todo lo que determina el proceso de toma de decisiones administrativas es por ello sólo ya relevante para la norma programadora, lo que implica -caso de concentración exclusiva en ésta- el riesgo de entregar sin más a la Administración los espacios no considerados por ésta.

De nuevo aquí el objetivo a perseguir no es desde luego la superación el desplazamiento del control tradicional de la declaración de la decisión, que es desde luego irremplazable en un Estado de Derecho y sigue siendo útil -incluso en la nueva perspectiva- en la medida en que incorpore el control de los criterios materiales de la actuación administrativa. Se trata más bien de su complemento con el control también, en forma específica que evite la cercenación de la necesaria flexibilidad en dicha actuación, del proceso conducente a la declaración de la decisión en situaciones de alta complejidad respecto de las cuales el legislador ha debido operar en un contexto de incertidumbre impidiendo de que la programación alcance la necesaria densidad y precisión y para mantener, por tanto, la inevitable “posición propia” de la Administración en términos que impidan que la entrega a la misma de la decisión signifique “liberación” de la vinculación por el Derecho.

⁴⁸ H. H. Trute: *Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen*, en E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem, (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2004, págs. 293-325.

SEGUNDA PONENCIA

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LAS NUEVAS FORMAS DE DIRECCIÓN, REGULACIÓN Y GOBERNANZA

El procedimiento administrativo y las nuevas formas de dirección, regulación y gobernanza*

JAVIER BARNES VÁZQUEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva

I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN TRANSFORMACIÓN.

1.1. El procedimiento administrativo, columna vertebral del Derecho Administrativo

LA institución del procedimiento sintetiza en cada tiempo y lugar los rasgos más sobresalientes del Derecho Público¹; simboliza la posición del ciudadano ante la Administración²; y refleja las relaciones que guardan los poderes públicos entre sí³. El procedimiento constituye, en efecto, una pieza básica del Derecho Administrativo contemporáneo⁴. La primera en verse afectada en tiempos de cambio⁵, puesto que, al fin y al cabo, es “la Administración pública en acción”, o “el modo de hacer realidad el Derecho Administrativo”⁶. Una institución tan central habrá de estar sometida, por lógica consecuencia, a una constante revisión legislativa y teórica.

* El presente estudio tiene su origen en el seminario internacional celebrado en Mazagón, Huelva, en septiembre de 2007 (Proyecto de Investigación SEJ-740), y en una versión más extensa ha sido publicado en el volumen colectivo “La transformación del Derecho Administrativo / Transforming Administrative Procedure”, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, coordinado por J. Barnes.

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

² Por ejemplo, en el caso español, los arts. 35 y ss. de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común.

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

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

⁵ Javier Barnes, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en J. Barnes (editor), *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Global Law Press - Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pp. 272, 331.

⁶ “Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts”. Cfr. R. Wahl, “Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag”, *VVDStRL* 41 (1983), p. 151 *passim*, 153.

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

a) Se ha convertido en un *vehículo de transmisión* fundamental donde cristalizan artesanalmente tantas exigencias dimanantes de los principios del Estado de Derecho, del principio democrático y del principio de eficacia, en las relaciones entre la Administración y el ciudadano⁷. Con la mediación legislativa, el procedimiento hace de *punte* o “transformador”⁸ entre la Constitución y la realidad de la variada actividad de la Administración pública.

b) Constituye un formidable mecanismo de *control* y de *dirección* estructural de la Administración pública en manos del Parlamento⁹, en la medida en que la configuración legal del procedimiento posee efectos multiplicadores sobre cómo ha de decidir la Administración en el futuro¹⁰, y, en consecuencia y a la postre, sobre la *decisión* misma¹¹. Y ello vale especialmente para los casos en los que el resultado del procedimiento está abierto y no se sabe cuál será la resolución definitiva cuando éste se inicia¹².

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

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

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

⁹ Desde la perspectiva de la teoría política positiva, véase Matthew D. Mc Cubbins, Roger G. Noll, Barry R. Weingast, “Administrative Procedures as Instrument of Political Control”, 3 *JL Law, Econ and Org.* 243 (1987). Desde la óptica del Derecho Administrativo y la ciencia de la dirección, véase *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (nota 1), 203, 305. En español, del mismo autor, *La Teoría General*, cit. (nota 8) pp. 27 y ss., 359 y ss., etc., y, señaladamente, el capítulo primero de la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, ob. cit. (nota 5) *in totum*.

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

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

c) Sirve de fórmula de *compensación* de la *debilidad directiva* de la Ley material y de instrumento de *legitimidad democrática* de la acción administrativa¹³. El procedimiento constituye una actuación para absorber protesta, suscitar consenso y adhesión¹⁴.

d) Representa el foro por excelencia a través del cual la Administración adopta sus decisiones más relevantes, bien sean de carácter *formal*: resoluciones singulares (actos administrativos); disposiciones y normas reglamentarias (reglamentos de toda especie, planes territoriales; etc.); y adjudicación de contratos; o bien *informal*: instrumentos de Derecho blando (guías, recomendaciones, manuales, interpretaciones, etc.). Con todo, el contenido y relevancia del procedimiento no se agota en esa dimensión (el procedimiento como proceso decisorio), por más que resulte de suma trascendencia, sino que se extiende a otros ámbitos, como la sujeción de la Administración al Derecho privado, la acción administrativa transnacional, la prestación de actividades materiales o la mediación¹⁵.

e) El procedimiento canaliza en buena medida las *relaciones* interadministrativas más allá de las *fronteras nacionales* en el plano transnacional (así, en el ámbito europeo)¹⁶ e internacional¹⁷.

f) Se han "*procedimentalizado*" numerosas *políticas públicas* en el seno de la Unión Europea, en la medida en que se sustentan y resuelven en procedimientos, y no en estándares materiales¹⁸, bien sea por razones estructurales o constitucionales; de reparto competencial; de respeto a la diversidad nacional; o bien por consideraciones prácticas, desde el momento en que resulta en ocasiones más fácil el

[Cont.]

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

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

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

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

¹⁵ *Vid.* capítulos primero y sexto de la obra colectiva citada en nota preliminar. Asimismo, J. Barnes, Sobre el procedimiento administrativo, cit. (nota 5), p. 280, 283, 332,

¹⁶ *Vid.*, por ejemplo, los trabajos de H.C. Roehl y E. Schmidt-Aßmann, en la obra citada en la nota preliminar.

¹⁷ La acción más allá de las fronteras nacionales requiere el establecimiento de procedimientos decisorios que en todo caso satisfagan los requerimientos de los valores inherentes al principio democrático y de Estado de Derecho (transparencia, participación, motivación, control, etc.). Para una introducción a esta problemática, *vid.* J. Barnes, Sobre el procedimiento administrativo, cit. (nota 5), 325-330.

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

acuerdo y el consenso sobre el *cómo*, antes que sobre el *qué*¹⁹. La razón más básica, sin embargo, acaso resida en la nueva concepción del procedimiento como instrumento de dirección política que la propia Unión Europea ha hecho suyo en tantos sectores²⁰.

g) Traduce la *eficacia* administrativa al plano de la praxis²¹, en particular cuando se trata de ejercer competencias complejas y fragmentadas, tanto en un sentido transversal u horizontal, cuanto vertical, entre los distintos niveles de gobierno, y donde el procedimiento lo es casi todo para la viabilidad del sistema, como sucede, por ejemplo, con el gobierno electrónico²², o respecto de la prestación de servicios en el espacio comunitario²³.

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

2. Los déficits de la legislación tradicional de procedimiento administrativo

Las leyes de procedimiento fueron aprobadas para regular y estandarizar los procedimientos administrativos durante un período de creciente expansión administrativa, señaladamente a partir de la segunda posguerra europea (paradigmáticamente, en Estados Unidos, la Ley de Procedimiento Administrativo o *Administrative Procedure Act*, de 1946). Son numerosas las reformas y actualizaciones que estas y otras leyes han merecido desde entonces, en particular, de nuevo, la citada Ley norteamericana, en la que se podría encarnar esa permanente tarea de progresión²⁵.

Con todo, de tantas leyes generales de procedimiento administrativo de la segunda mitad del siglo XX podría decirse que han quedado superadas por la realidad en razón del *contenido*, que ha devenido insuficiente; del *concepto*, que

¹⁹ Pueden verse los capítulos primero y segundo de la obra citada en la nota preliminar; asimismo J. Barnes, Sobre el procedimiento administrativo, cit. (nota 5), p. 324 y s.

²⁰ *Vid.* nota anterior.

²¹ La eficacia puede consistir, según los casos, en la celeridad del procedimiento (para el otorgamiento, por ejemplo, de complejas autorizaciones industriales), por exigencias de la vida económica; o en prestaciones administrativas de calidad; en la obtención y procesamiento de una información fiable y segura, para asegurar una accesibilidad efectiva; en la simplificación y la eliminación de cargas administrativas innecesarias o de solapamientos por falta de coordinación administrativa; en la consecución del consenso a la mayor brevedad posible; etc. Y, desde luego, eficacia es asegurar los objetivos y los fines que se persiguen.

²² Véase el capítulo quinto, núm. III.2.

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

²⁴ "Infra" núm. III.4.

²⁵ *Vid.* los estudios de P. Strauss (capítulo séptimo) de la obra citada en la nota preliminar.

resulta obsoleto; y del *método de regulación* tradicional en el que han permanecido ancladas (véanse CUADROS 1 Y 2).

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

- Primero, porque son muchas las cosas relevantes que no están²⁶. Las leyes generales de procedimiento ya no son representativas de la actividad administrativa contemporánea²⁷.
- Segundo, porque el procedimiento no se ha sustraído de la vieja *concepción procesal*, en la que se inspiró en su nacimiento (estructura bilateral, principio contradictorio, secuencia de actos de autoridad al servicio de una decisión final, proceso meramente aplicativo de una ley material que contiene la solución, etc.)²⁸. Las leyes de procedimiento se recrean, en efecto, en un esquema judicial, propio de la función de garantía de los derechos que, aunque apto para la resolución de determinados conflictos, no sirve, sin embargo, para otros muchos escenarios²⁹, más aún, en aquellos ámbitos en los que el procedimiento posee una función creativa o innovadora (elaboración del planeamiento; de toma de decisiones de carácter técnico o científico; etc.), esto es, cuando la solución o criterio no deriva sin más de la ley formal. Aquí, la solución ha de generarse en el seno del procedimiento³⁰.
- Tercero, porque no reflejan otro método de regulación, gobierno o dirección que el *clásico*, basado en una Administración jerárquica, cerrada y piramidal, que actúa mediante decisiones unilaterales e imperativas, en aplicación de normas emanadas desde un centro superior (modelo del “command and control regulation”)³¹. Nada dicen sobre las nuevas formas de regulación y gobernanza, y su impacto sobre el procedimiento administrativo³².

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

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

²⁸ Sobre el tema, puede verse J. Barnes, Sobre el procedimiento, *ob. cit.* (nota 5), pp. 279 y ss.

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

³⁰ *Vid.* CUADRO 1.

³¹ *Infra* núm. III y CUADRO 2.

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

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

3. Las consecuencias negativas de la inadaptación (teórica y legislativa) del procedimiento administrativo

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

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

Tales consecuencias podrían ejemplificarse con los reglamentos, sin duda un instrumento formidable de toda política pública y una de las actividades más destacadas de la Administración contemporánea desde la segunda mitad del siglo XX³⁵, en cualesquiera de sus especies (planeamiento territorial y urbanístico; normas técnicas en materia de medio ambiente, salud o seguridad; reglamentos ejecutivos e independientes; normas de los organismos reguladores de los sectores regulados; etc.). Esos efectos perniciosos se dejarán sentir con fuerza, por ejemplo, si la legislación ignora o desdeña la regulación de los procedimientos de elaboración de normas y disposiciones (i)³⁶; si desconoce la diversidad de tipos de reglamentos³⁷ y de

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

³⁴ Véase más abajo núm. II.4 y 5.

A título de ejemplo, véase, en el ordenamiento español, el “caso ANECA”, cfr. J. Barnes, Sobre el procedimiento administrativo, cit. (nota 5), pp. 289-294.

³⁵ Vid. P. Strauss, Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU. Nota introductoria, en la obra citada en la nota preliminar.

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

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

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

4. Alcance y extensión de la reforma del procedimiento administrativo

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

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

- Las necesidades no se satisfacen con una revisión puntual de los procedimientos tradicionales o de su producto final, sea éste el acto, el contrato o el reglamento (primer nivel); como tampoco con una mera regulación de los nuevos fenómenos⁴⁰ o procedimientos que no están⁴¹, por más que sea ésta una tarea inexcusable (segundo nivel).
- La acción del legislador habría de extenderse a una *comprensión* del procedimiento más moderna que sirva de soporte *integrador* a una heterogénea realidad: el procedimiento como espacio donde se produce el intercambio de información entre la Administración y el ciudadano, y de las Administraciones entre sí (tercer nivel)⁴². El creciente intercambio de información *en y alrededor* del procedimiento administrativo constituye, en efecto, uno de los signos de nuestro tiempo⁴³. Frente a la antigua

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

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

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

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

⁴² Tal propósito integrador es el que subyace a la tesis que concibe el procedimiento como intercambio de información entre la Administración y el ciudadano, o de las Administraciones entre sí, concluya o no en una decisión o resolución formal. Véanse, en particular, los trabajos de E. Schmidt-Aßmann y J.P. Schneider, en la obra citada en la nota preliminar. Asimismo, J. Barnes, Sobre el procedimiento administrativo, cit. (nota 5), p. 303, 306, 331. La reforma sería superficial, en efecto, si se limitara a plasmar fragmentariamente las nuevas exigencias, a adicionar las distintas perspectivas o estratos, sin integrar lo viejo y lo nuevo en un esquema más amplio.

⁴³ Cfr. Vosskuhle, en Hoffmann-Riem / Achmidt-Aßmann, *Verwaltungsrecht der Informationsgesellschaft*, 2000, p. 365. Piénsese, por ejemplo, en la apertura de *sistemas de comunicación* previos a la iniciación del procedimiento mismo. Un ejemplo elocuente lo proporcionan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en el Derecho Comunitario,

[Cont.]

concepción que ponía el acento en la resolución final, es decir, en el producto formal de un procedimiento esencialmente bilateral⁴⁴, como se ha dicho, la doctrina más moderna se centra en su dimensión informativa, en el intercambio de información⁴⁵.

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

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

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

[Cont.]

señaladamente en el caso del nuevo procedimiento de diálogo competitivo, en el que se produce una intensa comunicación previa a la adjudicación, a consecuencia de la colaboración público-privado (cfr. arts. 29, 35.2; 38.3 y 5; 44.2 y 4; 45; 52.3 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

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

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

De entrada, y aunque no se agote en la toma de decisiones, lo cierto es que el procedimiento administrativo, en cuanto procedimiento decisorio, se resuelve en última instancia en un proceso de obtención y tratamiento de la información, en un proceso comunicativo. El procedimiento administrativo, en la medida en que se orienta a la resolución de una situación concreta o a la toma de una decisión determinada, representa un instrumento para seleccionar la información más relevante. *Vid.* Schmidt Aßmann, *Ordnungsidee*, capítulo 6 (nota 2); véase también *Christoph Gusy*, *Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger*, en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofskuhle (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts (GIVwR)*, vol. 2, 2008, § 23 Rn. 33 et seq.

Véanse los capítulos de R. García Macho y W. Kluth de la obra citada en la nota preliminar.

⁴⁶ *Infra* núm. II.

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

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

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

⁵⁰ Véase CUADRO NÚM. 1.

emblemáticos de la realidad⁵¹, en virtud, en última instancia, de los nuevos modos de regulación y dirección y sus procedimientos más característicos⁵².

En resumen: renovación profunda del régimen legal, de un lado, y una nueva “carta de navegación” (o teoría general), actualizada y precisa, de otro.

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

2.1. Introducción.

La tesis que aquí se postula podría formularse así:

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

Los nuevos modelos y estrategias regulatorias y de gobernanza reclaman procedimientos cualitativamente distintos (CUADRO 3).

Para explicitarla, baste una breve consideración preliminar:

Los estudios y propuestas de reforma de la política regulatoria distinguen, siquiera sea provisionalmente y de un modo conscientemente simplificado, entre sistemas tradicionales de gobierno y dirección, y nuevas formas de gobernanza, para contrastar el modelo básico fundado en una regulación de carácter normativo, vinculante y jerárquico, con leyes uniformes y de detalle, y técnicas coercitivas⁵³, de un lado, y, de otro, aquellos otros métodos alternativos o complementarios de dirección de un sector que se sirven de estrategias diferentes, como la cooperación público-privada y la cooperación interadministrativa⁵⁴.

En ese contexto, por *modelos* de dirección, gobierno y regulación, en sentido muy amplio, podría entenderse, a nuestros efectos, el sistema de objetivos, medios e instrumentos, estructurados de un modo característico, para organizar y gobernar un sector determinado, mediante la combinación de tres variables estrechamente relacionadas: la forma en que la ley dirige a la Administración (i)⁵⁵; la función o responsabilidades que ésta asume (ii); y las que al sector privado se le asignan (iii).

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

⁵² Modelos de “command and control” y procedimientos “aplicativos”; nuevos modelos de gobernanza sustentados en una activa colaboración público-privado y procedimientos “creativos”; etc.

⁵³ Es decir, regulación de “orden y mando” (“command and control regulation”) o regulación característica de la actividad administrativa de policía.

⁵⁴ Por ejemplo, modelos de gobernanza administrativa en Europa o EE. UU.

⁵⁵ Mediante estándares materiales o normas de procedimiento; atribuyendo o no espacios de discrecionalidad; etc.

De ordinario, no se trata tanto de modelos puros y excluyentes, cuanto de sistemas mixtos y complementarios del tradicional y, en ocasiones, de meros instrumentos o estrategias aislados e insertos en los esquema tradicionales⁵⁶. Una misma política pública, expresada incluso en una sola norma (ley nacional, Directiva comunitaria, tratado internacional, etc.) puede combinar elementos de modelos diferentes: normas imperativas y vinculantes acordadas desde un centro superior, e instrumentos de Derecho indicativo o Derecho blando; técnicas coercitivas y mecanismos de cooperación descentralizada y consenso en su desarrollo y ejecución⁵⁷; etc.

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

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

⁵⁶ Por ejemplo, mecanismos de Derecho blando en convivencia con técnicas de ejecución forzosa.

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

⁵⁷ Un ejemplo paradigmático: la Directiva marco en el sector del agua (Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Se trata de una Directiva nacida para reemplazar otras Directivas basadas en el modelo tradicional del “command and control” que abordaban de modo segmentado el problema del agua (aguas subterráneas, aguas superficiales, agua potable, etc.). La Directiva marco mezcla mecanismos propios del sistema tradicional (normas imperativas y centralizadas, mandatos y prohibiciones) con otros elementos modernos de gobernanza (procesos descentralizados y cooperativos, de abajo hacia arriba; redes horizontales; supervisión constante del programa o plan; participación; compartición de la información y de experiencias y buenas prácticas; guías indicativas; etc.).

Sobre este tema, véanse los trabajos de David M. Trubek y Louise G. Trubek, *New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation*, 13 Colum. J. Eur. L. 539 (Columbia Journal of European Law, Summer, 2007); y de C.F. Sabel & J. Zeitlin, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union*, European Governance Papers (EUROGOV), No. C-07-02, pp. 42 y ss. (<http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-07-02.pdf>).

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

- Y debe solventar, en fin, la forma en que han de alcanzarse los objetivos y los resultados, esto es, el sistema de *cumplimiento* y *ejecución* de lo establecido.

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

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

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

Primero, porque la *información* está presente en todos los sistemas de regulación y gobernanza. La obtención y tratamiento de la información, en efecto, se encuentra implícita y en la base de todos sus elementos y dimensiones: la capacidad para fijar los criterios y las normas adecuadas; el aprendizaje permanente; la efectividad de las medidas adoptadas; y la adaptabilidad a las exigencias constitucionales, etc. guardan una relación directamente proporcional con la información. Y la información, nótese bien, remite en última instancia a normas de procedimiento⁵⁸.

Segundo, porque en las complejas y diferenciadas sociedades modernas, el Derecho no sirve tanto para configurar directamente los procesos sociales, cuanto para establecer el marco o foro en el que recrear el proceso de aprendizaje y la búsqueda de la mejor solución posible. El Derecho –y así también el procedimiento– se convierte en una suerte de “constitución externa” dentro de la cual tiene lugar el proceso de evolución social⁵⁹.

Y, tercero, porque el procedimiento se extiende en paralelo por todas las fases del modelo de dirección y gobernanza. En el contexto de los nuevos métodos, el crecimiento exponencial del conocimiento induce a considerar provisionales tantas decisiones –de carácter técnico, científico, económico, medioambiental, etc.–, cualquiera que sea la forma que adopten (autorizaciones en materia de medioambiente; informes de evaluación de impacto; planes y programas; etc.)⁶⁰. Se fortalecen

⁵⁸ Normas de instrucción u obtención y procesamiento de la información en el seno de los procedimientos; normas reguladoras del acceso a la información; normas atinentes al intercambio de información entre Administraciones; etc.

⁵⁹ Desde las perspectivas regulatorias que ponen el acento en el proceso o procedimiento deliberativo, o diálogo participativo entre los distintos actores para determinar los objetivos y valores a perseguir, *vid.* Tony Prosser, *Nationalised Industries and Public Control*, 1986. *Apud* B. Morgan & K. Yeung, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2007, pp. 36-41.

⁶⁰ Por ejemplo, instrumentos de Derecho indicativo, como las recomendaciones de la “Common Implementation Strategy” en el contexto de la Directiva marco del agua, se consideran “documentos vivos”, como algo provisional sujeto a revisión a la luz de la experiencia. Ello, obvio es decirlo, no deja indiferente a la estructura del procedimiento administrativo. *Vid.*, sobre ese documento los trabajos de David M. Trubek y Louise G. Trubek, *New Governance & Legal Regulation*, cit., pp.539 y ss.; y de C.F. Sabel & J. Zeitlin, *Learning from Difference*, cit. (nota 70), pp. 42-43.

y multiplican así los canales de aprendizaje y de interacción entre el regulador y el regulado. Todo ello desemboca, a su vez, en procedimientos “alargados”, más estables o permanentes, que no concluyen con una resolución definitiva, puesto que ésta se halla sujeta a una constante supervisión y a su eventual modificación en función de las cambiantes circunstancias⁶¹. Asistimos, en suma, a una suerte de procedimentalización del Derecho, advertida desde ópticas y planteamientos distintos⁶².

2.2. Breve caracterización del modelo tradicional sobre el que se ha construido el Derecho Administrativo clásico.

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

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

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

- El Estado es el “productor” de normas y la regulación tiene, en consecuencia, carácter estado-céntrico.
- La Administración se estructura jerárquicamente y actúa de modo imperativo para llevar a su debido efecto lo establecido en la norma.
- Las leyes se resuelven en órdenes o mandatos positivos y en prohibiciones.
- La regulación se articula en torno a dos fases netamente diferenciadas: la *creación* de la norma y su *aplicación*. Se fundamenta, por tanto, en el binomio “programación-ejecución”. La primera, reservada al Parlamento, y la segunda a la Administración. La discrecionalidad –en virtud de la cual el legislador difiere a la Administración la respuesta o la decisión– tiende a concebirse en el plano teórico como algo excepcional, como algo a reducir y “combatir”.

⁶¹ David M. Trubek y Louise G. Trubek, *New Governance & Legal Regulation*, cit. (nota 73) p. 542.

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

- A partir de ese esquema se construyen los detalles:
 - * La ley aspira a prever todos los supuestos de hecho imaginables, para anudarles una respuesta o consecuencia jurídica. La aplicación administrativa de la ley, en teoría, se encuentra enteramente programada y se concibe por consiguiente como una mera subsunción o aplicación mecánica de la ley.
 - * La programación legal de la Administración se caracteriza por normas obligatorias y *condicionales* (si concurre el presupuesto de hecho, se aplica la consecuencia jurídica prevista).
 - * La cuestión de la *eficacia* en la consecución de los objetivos de la política pública proyectada no es objeto de atención preferente durante la elaboración de la norma y representa un problema que se remite a la fase de aplicación. La norma, por su parte, confía en exceso en la sanción administrativa como garante de su cumplimiento, y menos en otras clases de incentivos, en el consenso y la cooperación, o el aprendizaje recíproco entre Administración y destinatario de la norma, como sucede en las nuevas formas de dirección y gobernanza.
- El acto administrativo, en cuanto decisión de autoridad, esto es, como resolución unilateral y ejecutiva, constituye el buque-insignia del modelo y, desde luego, el protagonista indiscutible del procedimiento administrativo clásico (CUADRO 1).
- La legitimidad democrática de la acción administrativa típica resulta asegurada, de un lado, porque la Administración, en el entendimiento tradicional, no hace sino aplicar mecánicamente los dictados de la ley democrática, y, de otro, porque el poder judicial garantiza, a través de un control cuasi-perfecto, la revisión del fondo y su corrección en caso de desviación de lo dispuesto por aquélla.
- Todo el control se construye sobre la revisión judicial: el Derecho administrativo clásico ha gravitado en derredor de la tutela judicial. La discrecionalidad, centro neurálgico del sistema, ha sido contemplada siempre “en negativo”: una construcción que sirve para explicar el fundamento, las técnicas y los límites del control jurisdiccional⁶⁵.

A su sombra ha vivido, enseñoado, el Derecho Administrativo clásico. Las instituciones características del Derecho Administrativo que han llegado hasta nuestros días responden a ese esquema y constituyen el instrumental a su servicio: una ley imperativa que todo lo contempla y que programa hasta el detalle la acción administrativa; una Administración jerárquica y piramidal; la decisión unilateral; el

⁶⁵ Esa dimensión ha olvidado la otra cara: el procedimiento como sistema racional de ejercicio de la discrecionalidad, de producción normativa, de ejercicio y desarrollo de políticas públicas. La dimensión positiva del Derecho administrativo va más allá del lenguaje binario propio de la perspectiva de control (legal-ilegal), esto es, el “aprobado”, para tener en cuenta la eficacia, la excelencia.

procedimiento como mecanismo meramente aplicativo de la ley; normas reglamentarias emanadas de arriba hacia abajo; etc. El modelo tradicional no se caracteriza tanto por los elementos que lo integran, cuanto por la *posición relativa* que cada una de esas piezas guarda en el seno del sistema.

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

La adopción de métodos de regulación y gobernanza enteramente diferentes invita, desde luego, a un *replanteamiento* de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo⁶⁴. El Derecho Administrativo de los actos unilaterales dotados de “imperium” es tan sólo una parte de la realidad. También hay un Derecho Administrativo de los mecanismos voluntarios, de los incentivos económicos y fiscales; un Derecho Administrativo de la información como instrumento regulador; etc.⁶⁵.

Si se admite esa tesis, el procedimiento, como otras muchas técnicas, instituciones y categorías, podrá experimentar tantas *refracciones* o variaciones como diversos sean los modelos de regulación y dirección en los que se inserten. Parece necesario indagar en qué medida los nuevos modelos modifican, en su estructura, relaciones o funcionalidad, los elementos de que se integran⁶⁶. Como se ha notado⁶⁷, el procedimiento y la Administración esbozados en la legislación tradicional responden al esquema o *modelo clásico de dirección y gobierno*. Poco o nada dice la legislación tradicional sobre las nuevas formas de regulación y gobernanza, y su impacto sobre el procedimiento administrativo⁶⁸.

2.3. Las insuficiencias y déficits del método tradicional de gobierno. Del monopolio del método tradicional a la pluralidad y a la combinación de sistemas.

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

⁶⁴ *Richard B. Stewart*, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N.Y.U.L.Rev., 437, 2003, p. 454.

⁶⁵ Cfr. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General*, cit. (nota 8) p. 29.

⁶⁶ Por ejemplo, el convenio urbanístico o medioambiental no es lo que el acto administrativo a la ley, esto es, una decisión en aplicación o ejecución de la misma, sino algo distinto, puesto que la ley urbanística o la legislación de medio ambiente no habría definido la solución. Las estrategias regulatorias basadas en la cooperación público-privado pueden utilizar una figura o técnica conocida con un sentido y finalidad distintos.

⁶⁷ Cuadros 1 y 2. *Supra* I.2.

⁶⁸ *Ibidem*.

Se le ha reprochado, por ejemplo, la rigidez y lentitud del sistema; el excesivo coste que implica; la uniformidad y escasa innovación que genera; su carácter obligatorio; etc. La eficacia de las políticas públicas se ha convertido en uno de los motores que han impulsado las reformas de las políticas regulatorias emprendidas a nivel internacional, regional o nacional (políticas sociales, de medio ambiente, economía, seguridad, etc.)⁶⁹. Y entre las medidas ensayadas destaca el fomento y la cooperación (público-privado e interadministrativa) tanto en la definición de las políticas y sus prioridades, como en lo que a su desarrollo normativo y aplicación concierne⁷⁰.

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

Las insuficiencias y déficits de los métodos tradicionales de gobierno, asentados sobre el viejo esquema legal de la prohibición y el mandato y en las herramientas coercitivas, han dado paso a otros *modelos, mecanismos e instrumentos* complementarios, profundamente entrelazados, y convertidos ya en signos de nuestro tiempo en tantos ámbitos: la cooperación entre la Administración y el ciudadano, como “socios” que se necesitan en la búsqueda del bien común; los fenómenos de autorregulación y privatización; la coordinación y cooperación de todas las Administraciones implicadas, en el plano interno y exterior, sea éste el espacio regional (europeo, por ejemplo) o la arena internacional; la información como instrumento regulador; la participación de una opinión pública bien informada; la simplificación de las cargas administrativas; principios y prácticas para producir una mejor regulación en un entorno de intrínseca complejidad e incertidumbre; leyes con programación finalista y definición de procedimientos administrativos donde hallar la solución más idónea; decisiones pensadas desde su misma gestación para ser eficaces en su aplicación; instrumentos de Derecho indicativo o Derecho blando; evaluaciones de impacto; nuevas formas de transparencia y de rendición de cuentas; etc.

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

⁶⁹ Véanse, por ejemplo, entre otras muchas iniciativas de instituciones internacionales y europeas, los documentos de la OCDE y del Proyecto SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management) sobre reforma regulatoria y gestión y gobernanza pública.

⁷⁰ Se han ensayado múltiples mecanismos para mejorar los déficits que presenta el modelo tradicional: evaluaciones de costes y beneficios de la norma proyectada, de impacto regulatorio; el recurso a instrumentos basados en el mercado y en la información a los consumidores, participación de terceros en la función de control y vigilancia (sindicatos, comunidades, asociaciones, competidores); transparencia; etc. En relación con el medio ambiente, véase, por ejemplo, Richard B. Stewart, *A New Generation of Environmental Regulation?* 29 Cap. U.L. Rev. 21, 21.

Muchas de las cosas que ocurren en el ámbito del Estado y de la Administración contemporáneos desde las últimas décadas del siglo XX se pueden explicar, en efecto, a través de la idea de *regulación y dirección*, esto es, al trasluz del sistema o método de gobierno que en cada caso se establezca, sea éste de origen *tradicional* (por ejemplo, el característico de la actividad administrativa de policía) o moderno (fórmulas de cooperación público-privado; múltiples interacciones entre la Unión Europea y los Estados miembros a través de la comitología, las agencias europeas o el método abierto de cooperación⁷¹; la gobernanza de Internet; etc.)⁷². Buena parte de lo que sucede se resuelve, en efecto, en la emergencia de modelos complementarios o alternativos del viejo método del “command and control”.

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

2.4. La modulación del procedimiento en el contexto de los modelos y estrategias regulatorias. Algunos ejemplos

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

a) La estrategia regulatoria consistente en la transferencia al sujeto privado de los costes de transacción con el objetivo de dirigir el sector sobre la base de la cooperación público-privado: el ejemplo de la privatización del procedimiento.

⁷¹ “Infra” núm. 4.d).

⁷² Sobre este último ejemplo, *vid.* el Documento WSIS-03/GENEVA/4-S, 12 de mayo de 2004, sobre la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, auspiciada por Naciones Unidas (Resolución 56/183 (21 de diciembre de 2001), de la Asamblea General), celebrada en Túnez el 16-18 de noviembre de 2005; así como los documentos finales de la citada cumbre (<http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/7-es.html>); asimismo, *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*, Mary C. Rundle, Harvard University - Harvard Law School, December 13, 2005 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870059); y, en particular, *Background Report*, del *World Group on Internet Governance* (WGIG), auspiciado por las Naciones Unidas, núms. 155 y ss. (<http://www.wgig.org/>) y el libro escrito por el mismo Grupo “Reforming Internet Governance” (*ibidem*).

Con el término “privatización” se evoca el movimiento de transferencia de una actividad del sector público al privado. En el caso del procedimiento administrativo, que es la perspectiva que aquí interesa, esa transferencia puede consistir, por ejemplo, en la participación privada en terrenos hasta ahora dominados por la Administración, como en el caso de la instrucción del *procedimiento*. En tal hipótesis, el sujeto privado asume los costes de la instrucción o, lo que es lo mismo, de la obtención y tratamiento de la información necesaria⁷³. La Administración verifica la integridad, fiabilidad y calidad de la información generada y procesada. En este y otros supuestos (propuestas de planes urbanísticos por parte del promotor privado; participación privada en el control y vigilancia de determinadas autorizaciones; auditoría ecológica; etc.), se pone de relieve que la privatización no significa “per se” el abandono o la retirada del Estado y de la Administración, sino *una forma distinta de organizar la actividad o el sector*. No se trata, por tanto, de un juego de suma-cero, en el que “terreno ganado” por el sector privado signifique “terreno perdido” a costa del sector público⁷⁴.

Constituye, en efecto, una nueva forma de *división del trabajo* entre la Administración y los ciudadanos, en la que el Estado y la Administración redefinen sus funciones (responsabilidades)⁷⁵ y los instrumentos para atender el interés general⁷⁶. La vieja *instrucción administrativa*⁷⁷ se transforma en *control de la instrucción* realizada por el sujeto privado⁷⁸.

⁷³ Por ejemplo, la realización de los estudios medioambientales corre a cargo del promotor de la obra, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Cfr. art. 5 de la Directiva comunitaria europea 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. A título de ejemplo, puede verse el Texto Refundido de la Ley española, 1/2008, de 11 de enero, art. 7.

⁷⁴ Véase G.F. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, 2000, p. 380.

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

⁷⁵ Sobre la elaboración de este concepto-puente entre las ciencias auxiliares y el Derecho Administrativo, véase E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General*, cit. (nota 8) pp. XXV, 22, 186 y ss.

⁷⁶ En sentido análogo, Schuppert, ob. cit. (nota 87), *ibidem*. La Administración asume el papel de garante de determinadas actividades, servicios y prestaciones, y el sector privado su ejecución y financiación, en los términos y en las condiciones establecidos para cada caso. La Administración prestacional da paso a la Administración garante de un resultado.

⁷⁷ Por ejemplificarlo en la legislación española, el art. 78.1 de la Ley 30/1992, en la que se establece el procedimiento administrativo común, dispone que: “Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.”

⁷⁸ La instrucción se hace así más pública, descentralizada y transparente, sujeta a debate, contraste y control. Por mantener el ejemplo en el marco de la legislación española, pueden verse los arts. 7 y ss. del Texto Refundido 1/2008, de 11 de enero, de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental.

Privatización significa, en otras palabras, interacción, entrelazamiento y engranaje de *responsabilidades*⁷⁹ entre la Administración y el sector privado. La privatización representa, en ese sentido, *el paso de un modelo de regulación y dirección a otro distinto*. La privatización aquí responde a una estrategia regulatoria: transferencia de costes de transacción al sector privado; corresponsabilidad; búsqueda en común del interés general (la Administración y el ciudadano); control último a cargo de la Administración que se responsabiliza del resultado final⁸⁰.

El procedimiento administrativo, junto a otros instrumentos, es arrastrado en ese movimiento: si el Estado deviene en garante de prestaciones en lugar de prestador directo, o se convierte en un Estado cooperativo, el procedimiento habrá de adaptarse, obvio es decirlo, a esas nuevas funciones. En concreto, la instrucción, en el ejemplo considerado, ha de reflejar esa nueva estrategia y abandonar el modelo tradicional en que se ha sustentado⁸¹, para incorporar otros elementos y estructura⁸².

b) La incorporación del modelo científico en los procedimientos de elaboración de reglamentos ante situaciones de riesgo e incertidumbre científica y tecnológica.

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

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

La comunidad científica se sirve de la investigación y de la crítica, a través de la transparencia; de la búsqueda del consenso en torno a lo desconocido; y de la proposición de hipótesis o de modelos, para discernir el umbral que separa los datos conocidos y contrastados, de la incertidumbre. El proceso científico, pues, tiene por objeto la determinación e indagación de datos y hechos (discutibles y discutidos, por definición). Se diferencia, por ello, radicalmente de los procesos que sirven de cauce de expresión de una mera manifestación de voluntad política.

⁷⁹ *Vid.* nota 88.

⁸⁰ Véase Schuppert, *ob. cit.* (nota 14) pp. 805-822.

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

⁸¹ Por ejemplo, art. 78.1 de la Ley española 30/1992, de procedimiento.

⁸² Véanse CUADROS 1 Y 3, y nota 78.

De acuerdo con este esquema, si se trata de resolver cuestiones de carácter científico y tecnológico (el nivel tolerable de exposición al ozono; las condiciones de seguridad alimentaria; los límites admisibles de emisión e inmisión a la atmósfera; la aprobación de un producto farmacéutico; etc.), el procedimiento se habrá de estructurar y organizar entonces al modo en que discurre el proceso científico e investigador. Y para garantizar la transparencia y el consenso sobre la incertidumbre se pueden establecer, a título de ejemplo, medidas como las que incorpora el sistema norteamericano⁸³:

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

En este esquema, el método de la ciencia y de la tecnología ahorman la estructura del procedimiento, para seguir en paralelo el proceso de “hacer ciencia” e incorporar algunos de sus elementos más característicos: investigación, debate transparente, búsqueda de consenso científico sobre los riesgos y la incertidumbre; etc. Ello se traduce, por ejemplo, en una amplia participación sobre la base de la publicación de todos los datos científicos que se hayan manejado, a fin de contrastar las fuentes utilizadas; de los análisis, dictámenes, opiniones de expertos, evaluaciones, etc., que se hayan evacuado; de las opciones y alternativas posibles; de la explicación y justificación de la elección; etc.⁸⁴. Transparencia no significa sólo conocer lo que la Administración decide, sino también los motivos y las pruebas que acreditan la decisión misma. La transparencia, la participación, la motivación, etc. garantizan que la decisión, aunque sea de carácter científico y técnico, resulte pública y comprensible, y, en consecuencia, cuestionable y controlable⁸⁵.

⁸³ Vid. el trabajo de P. Strauss (nota introductoria, núm. 2) en la obra citada en la nota preliminar.

El método europeo se caracteriza por una equilibrada conjunción de una organización especial, de carácter representativo (agencias europeas), y un procedimiento específico de toma de decisiones.

⁸⁴ Vid. M. Shapiro, *The Globalization of Law*, 1 Ind. J. Global Legal Stud. 37, 1993, p. 48.

⁸⁵ *Ibidem*.

c) Las estrategias regulatorias de las leyes administrativas tradicionales (programación condicional) y de otras leyes administrativas contemporáneas (programación finalista).

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

- Las leyes con una densa *programación material* consistente en órdenes, mandatos y prohibiciones reclaman procedimientos puramente “aplicativos” (para el otorgamiento de autorizaciones regladas, la imposición de sanciones, etc.). En este esquema, la programación legal o regulación jurídica, de un lado, y su aplicación, de otro, constituyen dos fases netamente diferenciadas en el espacio y en el tiempo. El caso más característico lo constituye la actividad administrativa de policía (actividad de limitación de derechos; orden y seguridad públicos). El procedimiento posee un carácter accesorio, adjetivo o instrumental, como garantía de acierto y tutela individual, en la búsqueda e identificación de lo que la ley haya preestablecido para el caso sometido a consideración. A través del procedimiento se acude a la ley para encontrar la solución en ella prevista.
- Las leyes *sin programación material*, por el contrario, requieren procedimientos de carácter “creativo” (por ejemplo, para la elaboración del planeamiento urbanístico). El procedimiento no se concibe al servicio de un programa material, que no existe, sino como sistema para la resolución de conflictos o la búsqueda de soluciones. La ley establece la estructura del procedimiento y los parámetros básicos a los que ha de sujetarse la acción administrativa. Aquí el proceso bifásico (creación-aplicación) se difumina, ya que no se trata de aplicar lo que la ley haya dispuesto, sino de adoptar la mejor medida a través del procedimiento. Cuando se inicia el procedimiento no es posible aventurar el resultado final.

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

En ocasiones, el procedimiento se configura de un modo abierto y estable al que no se pone fin mediante la resolución definitiva. Es el caso, por ejemplo, de las autorizaciones provisionales, o temporales; o también de la evaluación estratégica ambiental, sujeta a permanente supervisión para detectar la aparición sobrevenida de efectos indeseados o imprevistos (en cuyo caso será necesario modificar el plan o programa en su día aprobados)⁸⁶. Estas decisiones se asemejan más a una imagen en movimiento que a una foto fija.

⁸⁶ Sobre el tema, me remito al capítulo quinto de la obra citada en nota preliminar.

d) El ejemplo de la gobernanza administrativa en la Unión Europea.

El denominador común de las *nuevas* formas de dirección y gobierno, a las que se reserva el término “gobernanza”, reside en una más intensa *cooperación* (público-privada; e interadministrativa), que se extiende tanto a la formulación de las políticas públicas, como a su desarrollo y aplicación. Los nuevos modos de gobernanza en la Unión Europea tienen por objeto la creación de formas más efectivas de participación; la coordinación de múltiples niveles de gobierno; la salvaguarda de la diversidad y la descentralización; el debate público permanente; una mayor flexibilidad y supervisión de los procesos decisorios; la experimentación y la generación de conocimiento⁸⁷.

La gobernanza en Europa no sólo cuenta con una estructura multinivel y en red, como de ordinario se subraya, sino también con nuevos y complejos canales –léase, procedimientos en sentido amplio– de elaboración de normas, estándares, criterios, instrumentos de Derecho blando, etc. En el plano administrativo, tanto los objetivos (pleno empleo, inclusión social, mejora del estado del agua, mejor protección medioambiental, etc.), como las medidas o medios a su servicio se fijan entre las instituciones europeas y los Estados miembros (a través de la comitología; las agencias europeas; el método abierto de coordinación; etc.)⁸⁸. Por contraste con el método tradicional, en el que el *principal* (el parlamento) establece las reglas que ha de cumplir el *agente* (la Administración), aquí todos los actores intervinientes requieren de los demás, puesto que ninguno puede saber por sí solo cuál es el objetivo a perseguir con una claridad suficiente como para dar instrucciones precisas, ni evaluar con absoluta fiabilidad cuándo una medida es susceptible de alcanzar eficazmente el fin de que se trate. En ese contexto, los niveles administrativos inferiores, en función de la política o sector de que se trate y del procedimiento elegido, pueden proponer objetivos y medios. A cambio de esa autonomía, el sistema establece otros mecanismos compensatorios, como la obligación de informar regularmente sobre las experiencias obtenidas y sobre el estado de la cuestión en cada momento; el deber de someterse a un sistema de evaluación por pares (“peer review”) en el que se contrastan los resultados obtenidos por otros actores a través de medios distintos; etc.⁸⁹.

El ejemplo de la gobernanza administrativa en la Unión Europea pone de manifiesto, entre otras cosas, la necesidad de expresar a través de formas nuevas la transparencia, el control, la participación y la eficacia, sin perjuicio de la flexibilidad e informalidad, en los procedimientos del sistema de comitología⁹⁰; en los procedimientos que se

⁸⁷ Cfr. ; Joanne Scott & David M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, 8 EUR. L. REV. 1, 18 (2002). Estos nuevos modelos hacen mucho más complejo el doble principio de separación y la cooperación sobre el que se ha asentado la Administración del espacio comunitario, y al que se refiere E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General*, cit. (nota 8), pp. 388 y ss.

⁸⁸ Para una primera introducción general, vid. Alexandra Gatto, *Governance in the European Union: a Legal Perspective*, 12 Colum. J. Eur. L. 487, 2006.

⁸⁹ C.F. Sabel & J. Zeitlin, *Learning from Difference*, cit. (nota 70), 3, 37 y ss.

⁹⁰ Decisión del Consejo (1999/468/EC), de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las potestades de ejecución atribuidas a la Comisión. Modificada por la Decisión 2006/512/EC. (Cont.)

siguen en el seno de las agencias⁹¹; o en los procedimientos desplegados en el marco del método abierto de cooperación⁹².

[Cont.]

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

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

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

Para una introducción general, vid. Alexandra Gatto, *Governance in the European Union: a Legal Perspective*, 12 Colum. J. Eur. L. 487, 2006, p. 501.

⁹¹ C.F. Sabel & J. Zeitlin, *Learning from Difference*, cit. (nota 70), pp. 17 y ss., 26, 37, etc.

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

⁹² El método abierto de coordinación encarna uno de los sistemas de gobernanza administrativa característicos de la Unión Europea y tiene por objeto la difusión de las buenas prácticas entre los Estados miembros. Constituye “un medio de fomentar la cooperación, intercambiar buenas prácticas y acordar objetivos y orientaciones comunes para los Estados miembros, a veces con el apoyo de planes de acción nacionales, como ya ha ocurrido con el empleo y la exclusión social. Se basa en una evaluación sistemática de los progresos realizados en la materialización de tales objetivos, lo que permite a los Estados miembros establecer una comparación entre sus respectivos esfuerzos y aprender de la experiencia ajena.” (Cfr. *La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco*, Bruselas, 25.7.200, COM (2001) 428 final, p. 24.).

Sobre la premisa de un permanente proceso de aprendizaje mutuo, se coordinan a nivel europeo determinadas políticas europeas (por ejemplo, la Estrategia Europea del Empleo). Vid. David M. Trubek & James S. Mosher, *New Governance, Employment Policy, and the European Social Model*, in *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments* 33, 38-41 (Jonathan Zeitlin & David M. Trubek eds., 2003).

El procedimiento varía en función de cada sector (estructura, periodicidad de los instrumentos, obligaciones, etc.). Como ejemplo de ese necesario ajuste del procedimiento al servicio del modelo, pueden citarse, primero, la elaboración de guías y recomendaciones no vinculantes mediante la participación del público, los grupos de intereses y los Estados miembros, de un lado, y, de otro, el recurso a un procedimiento estable y recurrente en el que se revise sistemática y periódicamente el plan al objeto de incorporar los nuevos datos y conocimientos adquiridos. David M. Trubek y Louise G. Trubek, *New Governance & Legal Regulation*, cit. (nota 73) p. 551.

- La participación de los expertos en los *comités*, por ejemplo, requerirá formas específicas de transparencia. Así, para asegurar el proceso de debate y discusión, deberá hacerse público el método y la forma en que se selecciona y recaba la opinión de los expertos; el modo en que se evalúa su contribución; etc. Igual publicidad habrá de darse a la lista de los expertos participantes⁹³.
- El *método abierto de cooperación* ha incorporado una mayor transparencia y participación de todos los actores, públicos y privados, en el diseño, aplicación y control de las políticas públicas en las que se utiliza (protección social, empleo, etc.)⁹⁴.

e) *Otros supuestos*

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

- El procedimiento como instrumento de cooperación y trabajo en común en el plano nacional y europeo en el ámbito de la prestación de servicios⁹⁵ se inserta en el sistema de gobernanza transnacional.
- El procedimiento como “infraestructura legal” del gobierno electrónico⁹⁶. Como tal, el procedimiento electrónico puede servir a modelos distintos. De ordinario, se asocia, sin embargo, a una nueva concepción de la Administración en lo que a la prestación de servicios administrativos se refiere⁹⁷.
- El procedimiento de elaboración de instrumentos de Derecho blando⁹⁸. Su configuración dependerá de su inserción en una estrategia regulatoria u otra (método abierto de cooperación, en el seno de la Unión Europea⁹⁹; cooperación público-privado en la fase de aplicación de una determinada política pública; etc.).
- Reglas y principios de procedimiento (que no necesariamente “trámites” procedimentales) para garantizar la imparcialidad e independencia, la transparencia, la integridad o la solvencia técnica en la autorregulación privada (calidad y seguridad industrial, auditoría ecológica, etc.)¹⁰⁰. Lo mismo

⁹³ Vid. C.F. Sabel & J. Zeitlin, *Learning from Difference*, cit. (nota 70), pp. 46 y ss.

⁹⁴ En los primeros años fue un método opaco y tecnocrático *Ibidem*, p. 49 y s.

⁹⁵ Por ejemplo, Directiva 2006/123/EC del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, de prestación de servicios: artículos 6, 7.3, 7.4, 8, 34.1 (procedimientos para la prestación de servicios en el mercado interno).

⁹⁶ Véase, por ejemplo, el capítulo quinto, núm. III.2..

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Para el caso norteamericano, vid. el capítulo séptimo (Cuestiones contemporáneas), núm. III.

⁹⁹ Vid. sobre este tema G. de Burca, *The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union*, *European Law Review* 28, 814.

¹⁰⁰ Para una visión panorámica del ordenamiento jurídico español, vid. M. Cueto Pérez, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Cívitas, 2008, pp. 161 y ss. No se trata, a nuestro juicio, de trasladar miméticamente las reglas del procedimiento administrativo al procedimiento privado: vid. J. Barnes, *Sobre el procedimiento administrativo*, cit. (nota 5), pp. 311 y ss. y, en particular, el acertado planteamiento de E. Schmidt-Aßmann en *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*, en J. Barnes, *Sobre el procedimiento administrativo*, cit. (nota 5), pp. 96 y ss. («De un Derecho administrativo de la prestación a un Derecho administrativo de la garantía de la prestación»).

cabe decir respecto de los sectores regulados (energía, telecomunicaciones, correos, etc.) y la transposición de criterios de calidad, transparencia y control, etc. en normas de procedimiento que disciplinen las relaciones entre las empresas prestadoras, los usuarios y la Administración garante¹⁰¹. El procedimiento, en estos escenarios, ha de ser construido a la luz de los nuevos métodos de dirección que derivan de la privatización, liberalización y externalización de actividades mediante la contratación. El análisis de los instrumentos (en nuestro caso, del procedimiento) desde ese ángulo arroja sentido, tanto a su comprensión teórica, como a su ponderada regulación (interacción y complementariedad entre el Derecho administrativo y el Derecho privado; la modalidad de Administración como garante de la prestación; normas de procedimiento privado; etc.)¹⁰².

2.5. Recapitulación. El ejemplo de la participación.

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

La caracterización del procedimiento vendrá determinada no sólo por los objetivos y fines, abstractamente considerados (la elaboración de una norma reglamentaria, por ejemplo, para mejorar la protección de la atmósfera), sino también por la estrategia regulatoria en la que éste se inscriba (un reglamento elaborado por la Administración y sus expertos, con un trámite de participación formal, casi bilateral y contradictorio; o, por el contrario, un reglamento paccionado y negociado: en uno y otro caso, el procedimiento habrá de configurarse de modo bien distinto). En este último supuesto, el procedimiento, aun al servicio de idéntica finalidad medioambiental que en el primero (la protección de la atmósfera), no podrá configurarse como si de un proceso judicial se tratara y habrá de incorporar mecanismos de intensa participación y negociación informal¹⁰³.

El modelo y estrategia regulatoria constituye, pues, un factor determinante en el diseño general del procedimiento y de las piezas de que se compone. Piénsese, a título de ejemplo, en uno de sus elementos: la participación. La participación en los procedimientos de elaboración de normas y disposiciones representan un elemento central del Derecho administrativo, como mecanismo de control y de

¹⁰¹ *Vid.* nota anterior, en particular M. Cueto Pérez, *Procedimiento administrativo*, cit. (nota 113) pp. 189 y ss.

¹⁰² La autorregulación puede determinar medidas de “gobierno en la distancia”, como las que se basan en la regulación a través de la información (por ejemplo, información y publicidad de las emisiones que realiza cada empresa a la atmósfera).

¹⁰³ Véase, por ejemplo, Richard B. Stewart, “A New Generation of Environmental Regulation?” 29 *Cap. U.L. Rev.* 21, 2001, p. 61.

legitimación democrática de la Administración. La cuestión, sin embargo, no se resuelve con postular sin más “mayor participación” o un “modelo único” de participación o de transparencia. Es necesario determinar con precisión su grado y expresión en cada procedimiento.

De entrada, los modos de participación resultan bien diferentes en función del método básico sobre el que se asiente, sea éste de *representación de intereses* (sociales, económicos, etc.), o de *representación de expertos* (científicos, técnicos, etc.). La participación en uno y otro caso pretende disciplinar y condicionar el ejercicio de las potestades discrecionales atribuidas a la Administración, señaladamente en la elaboración de reglamentos. No se trata, por lo demás, de modelos contradictorios o alternativos. En el primero, se garantiza la ponderación de todos los intereses materiales y sectoriales en juego, según la materia de que se trate (de la industria, de los consumidores, grupos u organizaciones medioambientales, etc.)¹⁰⁴. A tal fin será necesario establecer, por ejemplo:

- La “legitimación para comparecer” en el procedimiento o, en terminología menos procesalista, los sujetos llamados a participar: grupos de representación de intereses, opinión pública, Administraciones implicadas; etc.
- Las fórmulas para asegurar la participación desde una fase inicial del proyecto de plan, programa, norma o política pública: anuncio y publicidad con antelación suficiente; plazos; canales de participación; etc.
- La financiación o apoyo de la participación de los intereses infrarrepresentados¹⁰⁵.
- Los mecanismos de control para salvaguardar la participación (supervisión de otras Administraciones; control judicial; etc.) y la imparcialidad en la toma de decisiones (para evitar que el regulado controle al regulador se pueden establecer, por ejemplo, procesos transparentes; la participación de terceros, como sindicatos o competidores, para velar por la pureza del procedimiento y su aplicación; etc.).
- Las reglas o criterios para el tratamiento de la información obtenida: sistematización de las alegaciones y propuestas fundamentales; ponderación transparente y motivada; eventual apertura de segundas rondas; etc.

¹⁰⁴ Aunque excede en mucho del propósito de estas líneas, baste notar que, a su vez, son muchos los sistemas de representación de intereses. Para una introducción al debate del tema en EE.UU., véanse los trabajos de R. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, Harvard Law Review, June, 1975; *Administrative Law in the Twenty-First Century*, New York University Law Review, 2003.

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

¹⁰⁵ Si las ciencias auxiliares del Derecho administrativo han podido acreditar que una participación amplia beneficia a los grupos organizados (grandes consorcios, multinacionales, etc.), será necesario diseñar una participación que garantice la representatividad de todos, también la de los grupos más débiles. *Vid.* supra nota 9.

- Las consecuencias para el proceso decisorio: si la Administración ha de resolver o no con base exclusivamente en la información obtenida y debatida en el curso del procedimiento, por ejemplo.
- La participación en la fase de aplicación y ejecución: supervisión y vigilancia; consenso en el desarrollo de los criterios establecidos; etc.

El esquema de representación de expertos, por su parte, pone el acento en la participación de la comunidad científica (por ejemplo, en materia de seguridad alimentaria)¹⁰⁶ y estructura el proceso decisorio a imagen del proceso investigador¹⁰⁷. No significa ello, sin embargo, que la participación se circunscriba necesariamente a los expertos sin margen para la decisión política, aunque sí pretende que el proceso decisorio se ajuste y se asemeje al proceso de investigación científica¹⁰⁸. El diseño de la participación tiene aquí igualmente efectos multiplicadores¹⁰⁹.

Este sencillo recorrido ejemplificador pone de relieve, además, que la reforma está en los detalles y que el diseño y teorización, aquí de la participación, requiere del diálogo intenso con las restantes ciencias sociales para obrar con datos y perspectivas que ilustren las opciones legales y sus consecuencias¹¹⁰.

2.6. El método de regulación y gobernanza como marco conceptual para el Derecho administrativo. Función descriptiva y prescriptiva de las estrategias y métodos de regulación, dirección y gobierno en el Derecho administrativo

a) Procedimiento como control de la discrecionalidad (vertiente negativa o defensiva) y procedimiento como dirección de la discrecionalidad (dimensión positiva).

Durante dos siglos el método del “command and control” ha reinado en régimen de monopolio. En apenas dos décadas, sin embargo, se ha visto forzado a convivir con una pluralidad de modelos, la mayor parte de ellos híbridos –con vasos comunicantes–, y complementarios. En ese largo período, el procedimiento

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, el Reglamento (CE) n° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, arts. 29 y ss.

¹⁰⁷ *Supra* núm. II.4.b).

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Por ejemplo, la exclusión de la industria farmacéutica y sus expertos en la aprobación de un medicamento, a fin de asegurar una decisión ajena a toda forma de presión comercial, condiciona, desde luego, la decisión que finalmente pueda adoptarse.

¹¹⁰ El moderno e intenso debate norteamericano entre el Derecho Administrativo y las ciencias sociales y políticas constituye un ejemplo elocuente de esta fértil metodología. Véanse, a mero título de ejemplo, las aportaciones iniciales realizadas, desde la ciencia política positiva citadas en nota 9. Otro ejemplo lo representa el movimiento de reforma del Derecho administrativo en Alemania con la ayuda y auxilio de la ciencia de la dirección y su preocupación por la consecución eficaz de los resultados pretendidos. Véase, en tal sentido, la nota 9.

“*aplicativo*”, el modelo “*procesal*” y el procedimiento tipo para el dictado de *actos administrativos*¹¹¹ han acaparado todo el protagonismo en la *legislación* y en la *teoría general del procedimiento*. Los nuevos procedimientos, sin embargo, no encajan en esos moldes y no deben ser contruidos, por mimetismo o contaminación, desde esos presupuestos.

El procedimiento administrativo clásico ha mostrado un abierto carácter defensivo o negativo frente a los eventuales abusos de poder y la arbitrariedad: las decisiones de la Administración deben ser imparciales; emanar del órgano competente; con plena observancia de los derechos de los sujetos privados; etc. En tiempos más recientes, el procedimiento ha venido asumiendo, como el Derecho administrativo en su conjunto, funciones positivas: la discrecionalidad ha de ejercerse de un modo razonable, motivado y atento a las complejas circunstancias económicas y sociales; con una equilibrada ponderación de todos los intereses generales en juego y los intereses de los afectados, sean éstos los beneficiarios de la medida o los que resulten perjudicados o sujetos a control y sanciones¹¹²; etc. No basta el “aprobado” (*control* de la discrecionalidad), por relevante que éste sea, sino que es necesario aspirar a la excelencia (*dirección* de la discrecionalidad). Aquí, el procedimiento constituye una institución de primera magnitud.

b) La naturaleza administrativa del procedimiento

En otras palabras: el procedimiento *en el contexto de las nuevas formas de gobernanza* no se asemeja a un “proceso judicial” (acto singular), como tampoco a un “procedimiento legislativo” (reglamento ejecutivo tradicional)¹¹³. El procedimiento contemporáneo busca su propia identidad y se transforma en un *circuito único*, sin solución de continuidad. El procedimiento, en consecuencia, se abre a fases preliminares¹¹⁴ y se extiende –a lo largo de la vida de la decisión o actuación– a sus efectos y consecuencias¹¹⁵. La nueva legislación de procedimiento ha de adquirir una marcada orientación “administrativa” (que no es judicial, ni legislativa), capaz de reflejar las singularidades administrativas de los nuevos modos de gobernanza, e incluir, en consecuencia, más allá del acto y del reglamento tradicionales, el ciclo completo de las políticas públicas. Los nuevos métodos de regulación han determinado la obsolescencia de la tradicional separación entre producción normativa y proceso aplicativo.

¹¹¹ CUADRO I.

¹¹² Sobre el tema, *vid.* Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, cit. (nota 77) p. 437.

¹¹³ El primero sólo sirve como sistema de aplicación; el segundo sólo cubre la creación.

¹¹⁴ Negociaciones previas; transparencia, participación y debate sobre la fijación de las prioridades de la política pública; conocimiento anticipado del borrador o proyecto; etc.

¹¹⁵ Se preocupa por la consecución de los objetivos e incluye a tal propósito mecanismo de control y supervisión; de modificación y revisión; etc. Por ejemplo, el sistema de farmacovigilancia diseñado por el reglamento citado en nota 104, en particular arts. 21 y ss.

Parece claro, a resultas de cuanto antecede, que la reforma de la legislación de procedimiento administrativo, y la modernización de su comprensión teórica, no pasan necesariamente por una vana pretensión codificadora o por una mera adición de nuevos contenidos, ni, menos aún, por una simplista extensión del ámbito subjetivo de la legislación *tradicional* a los fenómenos de colaboración público-privada y de autorregulación; a la acción administrativa sujeta al Derecho privado; etc.¹¹⁶. Es preciso, por el contrario, diseñar criterios o principios de procedimiento adaptados a esos escenarios e incluir procedimientos cualitativamente distintos, o acciones administrativas características, que sean representativos de la realidad, y “poner en contexto” esos nuevos procedimientos dentro del esquema de las nuevas arquitecturas regulatorias en cuya órbita se encuentren.

¹¹⁶ Sobre este último extremo, me remito al capítulo primero, en particular II.2, de la obra citada en nota preliminar. Asimismo, J. Barnes, Sobre el procedimiento administrativo, cit. (nota 5), p. 311 y ss.

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

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

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

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

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LAS NUEVAS FORMAS
DE DIRECCIÓN, REGULACIÓN Y GOBERNANZA

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

Fuente: *Elaboración propia*

**CUADRO 2:
MODELO DE ADMINISTRACIÓN QUE SUBYACE A LA LEGISLACIÓN
DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL***

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

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

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LAS NUEVAS FORMAS
DE DIRECCIÓN, REGULACIÓN Y GOBERNANZA

<p>La participación de otros órganos u Administraciones en el curso del procedimiento clásico ocupa un lugar secundario. El procedimiento no está concebido como un instrumento de colaboración interadministrativa: se trata de una Administración encerrada en sí misma.</p>	<p>En consecuencia, quedan fuera de la legislación tradicional, por ejemplo, la Administración “compuesta” o conjunto de Administraciones que actúan en conjunto dentro del espacio europeo, y más ampliamente, todos los supuestos en los que la colaboración no se basa en un encuentro puntual y en una relación jerárquica; o no se asienta sobre las premisas de una posición fragmentada o sectorial (por ejemplo, en el caso del gobierno electrónico).</p>
<p>Es una Administración “estado-céntrica”, que no opera más allá de las fronteras nacionales.</p>	<p>No contempla a la Administración nacional en su condición de Administración comunitaria, menos aún la acción administrativa internacional.</p>
<p>En síntesis, la legislación tradicional de procedimiento deja fuera <i>procedimientos y formas de Administración</i> de enorme trascendencia. Señaladamente:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. La acción administrativa europea e internacional. b. La acción administrativa sujeta al Derecho privado y los fenómenos de privatización del procedimiento. c. Las acciones administrativas no formalizadas y los instrumentos no normativos o de carácter no vinculante (“soft law”). 	

Fuente: *Elaboración propia*

**CUADRO 3:
DE LA REGULACIÓN TRADICIONAL A LA GOBERNANZA**

	MODELO CLÁSICO DE REGULACIÓN.	NUEVAS FORMAS DE DIRECCIÓN Y GOBERNANZA.
	<ul style="list-style-type: none"> - Predominio de normas de carácter material o sustantivo. - Derecho emanado desde un único centro. - Derecho imperativo (prohibiciones y mandatos). - Normas abstractas, generales y rígidas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Elevado número de normas de procedimiento. - Derecho emanado de forma descentralizada. - Pluralidad de centros de producción normativa. - Normas flexibles y adaptadas al contexto y a las variables. - Coordinación descentralizada y en red. - Autorregulación (Derecho reflexivo)
ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL	Organización jerárquica, piramidal y formal (estructurada de arriba hacia abajo)	Organización horizontal estructurada en forma de red.
ACTORES FUNDAMENTALES	Estado centralizado, como sujeto protagonista.	<ul style="list-style-type: none"> - Cooperación entre los múltiples niveles de gobierno (local, regional, transnacional, internacional). - Participación de múltiples agentes públicos y privados. - Descentralización y principio de subsidiariedad.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LAS NUEVAS FORMAS
DE DIRECCIÓN, REGULACIÓN Y GOBERNANZA

PROCESO DE CREACIÓN DEL DERECHO	<ul style="list-style-type: none"> - El Derecho es estático y estable, permanece “petrificado” hasta su derogación. - Regulación es dictar órdenes, mandatos y prohibiciones. 	<ul style="list-style-type: none"> - El Derecho es un proceso abierto, dinámico, y en constante adaptación - Gobernar es un proceso de aprendizaje y de innovación. - Los nuevos modelos están mejor posicionados para aceptar la incertidumbre y la diversidad, para ensayar y avanzar de forma repetitiva la búsqueda de soluciones eficaces. - El Derecho tiene por objeto promover prácticas que permitan la revisión y la mejora constantes.
MODOS DE ACCIÓN	<p>Canales formales de actuación</p> <p>Actividad administrativa de policía</p>	Pluralidad de canales de actuación.
FUNCIÓN DE LOS AGENTES PRIVADOS	<ul style="list-style-type: none"> - El individuo es objeto de la regulación. - El individuo es un sujeto que puede o no cumplir la norma 	<ul style="list-style-type: none"> - El individuo participa activamente en la producción normativa. - Ciudadano activo
COACTIVIDAD DEL DERECHO	Derecho “duro” o imperativo, acompañado de técnicas coercitivas	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho indicativo o “blando”. - Cooperación voluntaria
USO DEL CONOCIMIENTO Y DE LA INFORMACIÓN	La información que ofrece el ciudadano es selectiva por miedo a incurrir en responsabilidad.	La información es compartida y el flujo permanente.
MARCO PROCEDIMENTAL	El procedimiento tiene carácter defensivo y se centra en el resultado final. El control se produce “ex post”	El procedimiento se centra en el proceso mismo. El control se produce “ex ante”.

FUENTE: ORLY LOBEL , THE RENEW DEAL: THE FALL OF REGULATION AND THE RISE OF GOVERNANCE IN CONTEMPORARY LEGAL THOUGHT, 2004 MINNESOTA LAW REVIEW FOUNDATION (89 MINN. L. REV. 342) Y ELABORACIÓN PROPIA.

TERCERA PONENCIA

**CUESTIONES CONTEMPORÁNEAS SOBRE
LA ELABORACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS
Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS
EN LOS ESTADOS UNIDOS**

**SOME CONTEMPORARY ISSUES
IN AMERICAN RULEMAKING**

Cuestiones contemporáneas sobre la elaboración de normas reglamentarias y disposiciones administrativas en los Estados Unidos*

PETER L. STRAUSS**

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Columbia, Nueva York*

El ordenamiento jurídico norteamericano, como la práctica totalidad de los Estados, tiene establecida una jerarquía de textos normativos o instrumentos escritos creados para y/o por el gobierno. Tales instrumentos gozan, de ordinario, de efectos jurídicos vinculantes. Y cuando no es así, no por ello dejan de ejercer una considerable influencia sobre la actividad de los ciudadanos y de las empresas. Dicha jerarquía puede caracterizarse de la siguiente forma:

Una Constitución aprobada por “el pueblo”

Cientos de leyes aprobadas por un Congreso elegido democráticamente

Miles de reglamentos aprobados por los cargos del ejecutivo, responsables en términos políticos

Decenas de miles de instrumentos o documentos interpretativos y directrices (recomendaciones, guías, etc.) aprobados por los órganos administrativos competentes

Un sin número de cartas o escritos con recomendaciones y asesoramiento, notas de prensa, y otras declaraciones generadas por funcionarios individuales

El presente capítulo analiza algunas de las más relevantes cuestiones contemporáneas que presenta el Derecho norteamericano en lo que respecta al tercer y cuarto nivel. El tercer escalón, se refiere a los reglamentos y constituye lo que se

* El presente trabajo constituye una reproducción del capítulo, publicado con el mismo título, en la obra colectiva “La transformación del procedimiento administrativo” / “Transforming Administrative Procedure”, Ed. Derecho Global / Global Law Press, Sevilla, 2008, editado por Javier Barnes. Se agradece su consentimiento para su publicación en el presente volumen. Para una mejor contextualización de cuanto aquí se dice, puede verse la introducción al sistema norteamericano de procedimiento administrativo en la referida obra colectiva, en las páginas 303 y ss.

** Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Columbia, Nueva York.

La traducción ha sido realizada por Salvador Rodríguez Artacho e Ignacio Carbajal Iranzo, con la colaboración de Javier Barnes.

denomina “hard law” (“Derecho duro”), o, lo que es lo mismo, una norma jurídicamente vinculante, que resulta legalmente exigible a todos los actores, públicos y privados, incluida la propia Administración o agencia que la haya aprobado. Este nivel equivale, en el contexto europeo, a las normas reglamentarias, integradas plenamente en el ordenamiento jurídico. El cuarto nivel comprende guías y documentos interpretativos y consiste en lo que se denomina “soft law” o “Derecho blando” (o Derecho indicativo). Su objeto consiste en suscitar o generar adhesión, aun cuando no resulte formalmente exigible su cumplimiento a los sujetos privados- ni sea vinculante para la propia Administración. El quinto nivel, en el que se integran diversos tipos de actos de funcionarios, carece de toda relevancia jurídica en los Estados Unidos (si bien puede afectar a decisiones individuales de los administrados) y no será objeto del presente estudio.

La Ley federal de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*, APA)¹, que conforma el marco básico general del Derecho administrativo norteamericano, define como “reglas” o “normas” (“rules”) los textos que se encuentran en los niveles tercero y cuarto*. En este artículo nos referiremos a las reglas (“rules”) del tercer nivel como “normas reglamentarias” o reglamentos y a las reglas (también “rules”) del cuarto nivel como “criterios interpretativos”, “directrices” o “soft law” (Derecho blando). Por “procedimiento de elaboración” de esas reglas (“rulemaking”) hacemos referencia, pues, a los procedimientos administrativos que han de seguirse para aprobar cada una de esas clases de instrumentos o productos: normas jurídicas de carácter imperativo e instrumentos no vinculantes.

Para profundizar en las cuestiones que aquí se suscitan se le invita al lector a consultar los siguientes textos: *A Guide to Federal Rulemaking* de Jeffery Lubbers², *How Government Agencies Write Law and Make Policy* de Cornelius Kerwin³, y *Administrative Justice in the United States*, del autor del presente artículo⁴. Extraído de este último trabajo citado, se publica en la presente obra colectiva un resumen que sirve de marco e introducción general a la Ley y a las distintas clases de procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas y reglamentarias, al que en primer término nos remitimos.

La estructura interna del presente capítulo se divide en tres partes. La primera alude a cuestiones generales de carácter básico relacionadas con las instituciones y el Derecho público estadounidense, para tener la perspectiva adecuada. La segunda y la tercera parte tratan sobre cuestiones de actualidad relacionadas con las normas reglamentarias (Derecho duro) y con las reglas interpretativas (Derecho blando), respectivamente.

¹ 5 U.S.C. 551 y siguientes.

* *Vid.* la introducción general del propio autor que acompaña al presente artículo.

² Amer. Bar Ass'n, 2006.

³ CQ Press, 2003.

⁴ Carolina Academic Press, 2002.

I. EL PRESIDENTE, EL CONGRESO, Y LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS DE LOS ESTADOS UNIDOS

La Constitución de los Estados Unidos consagra la completa separación del poder ejecutivo y del poder legislativo de una forma muy distinta a la existente en los sistemas parlamentarios. De acuerdo con la Constitución, el Congreso carece de potestad reglamentaria, aunque le corresponde atribuir por ley las potestades administrativas necesarias en cada caso (como la reglamentaria); aprobar las partidas presupuestarias para financiar la actividad gubernamental; revocar, en su caso, mediante ley las normas reglamentarias aprobadas por la Administración⁵; y controlar de modo informal la actuación de las agencias mediante comisiones parlamentarias de investigación; etc. Los parlamentarios, al igual que cualquier otro ciudadano, pueden intentar influir en el procedimiento normativo mediante la remisión de alegaciones, si bien una vez que se ha reconocido la potestad reglamentaria, el ejercicio de dicha potestad, en términos jurídicos, queda en la esfera competencial del ejecutivo. Por otra parte, la Constitución prohíbe expresamente que los miembros del Congreso ejerzan cargos en el poder ejecutivo. De esta forma, la separación entre el segundo y el tercer nivel de la jerarquía antes esbozada resulta bastante estricta. El Congreso legisla, pero la potestad reglamentaria compete al ejecutivo⁶.

En los sistemas parlamentarios se distingue entre controles “políticos” y “administrativos” (o burocráticos). Se suele adscribir el control “político” al parlamento, y el “administrativo” a los actores del poder ejecutivo, que se conciben a sí mismos como entes técnicos antes que políticos. Ello resulta natural en un sistema donde existe una dependencia recíproca entre el mandato ministerial y el legislativo, y en donde sólo se elige al legislativo (aun cuando pueda conocerse de antemano la persona o personas que, en el caso de obtener el apoyo parlamentario suficiente, asumirán las responsabilidades gubernamentales). Además, en los sistemas parlamentarios el Gobierno suele tener naturaleza colegiada; un “primer” ministro no es más que eso -un “*primus inter pares*”-, cuya acción de gobierno depende del consenso permanente entre los Ministros y los miembros de las Cámaras legislativas que han dado su confianza al ejecutivo y de cuyo apoyo depende su continuidad.

Esa forma de dependencia recíproca del legislativo y del ejecutivo, y el mismo carácter colegiado del ejecutivo, no se dan en los Estados Unidos. El Presidente de los Estados Unidos, de un lado, y los miembros del Congreso, de otro, se eligen de forma separada y para un período fijo y distinto. Estos mandatos -dos años para la Cámara de Representantes, seis años para el Senado, cuatro años para la Presidencia- no coinciden y es inusual que terminen anticipadamente, pues el

⁵ Si una agencia adopta una norma, el Congreso sólo puede derogarla mediante la aprobación de una norma legal. No existe base constitucional para ningún otro tipo de procedimiento de supervisión normativa.

⁶ Los Tribunales Federales también pueden crear reglas, pero sólo en relación con cuestiones de procedimiento, prueba y otras materias accesorias, que en ningún caso regulan directamente la conducta de los ciudadanos.

Gobierno no dimite como consecuencia de la pérdida de un voto de confianza. El Presidente ostenta en solitario el único cargo ejecutivo de elección directa⁷. Aun cuando el nombramiento presidencial de los altos cargos (departamentos ministeriales y agencias) requiere la aprobación del Senado, lo cierto es que, una vez elegidos, responden únicamente ante el Presidente. Con la excepción del complejo procedimiento de “impeachment”, el Congreso no puede cesar a ningún cargo del poder ejecutivo, desde el Presidente hasta los niveles más bajos. Aunque el cese no requiere la aprobación del Senado, la realidad política ofrece, sin embargo, una cierta protección, habida cuenta que el Presidente sabe bien que debe contar con la aprobación del Senado para nombrar al sucesor de un alto cargo cesante. Y, al mismo tiempo, cualquier miembro del Gobierno o de la dirección de las agencias es consciente de que se mantiene en el cargo porque goza de la confianza del Presidente y de que puede, en principio, ser destituido en cualquier momento y por cualquier razón, sin que quepa recurso alguno⁸. El resultado de todo ello es que el control que ejerce el ejecutivo sobre la acción administrativa –incluida por tanto la potestad reglamentaria– tiene una doble naturaleza, “política” y “administrativa”.

La consecuencia que se desprende de estas coordinadas es una cierta dificultad en la ubicación del Derecho administrativo norteamericano, situado como está en una línea intermedia, compleja y evanescente, entre la política y el Derecho. Esta tensión se puso ya de manifiesto en el primer asunto de carácter constitucional resuelto por el Tribunal Supremo: *Marbury contra Madison*, y en el que se reconocería que los tribunales de los Estados Unidos estaban facultados para controlar la constitucionalidad de las leyes⁹. Con esa doctrina, esta famosa Sentencia, redactada por el Magistrado Presidente Marshall, estableció el papel que corresponde a los tribunales de justicia en el entramado constitucional de los Estados Unidos. El Magistrado Presidente trató de distinguir, en aquel célebre caso, entre actos susceptibles de control por los tribunales y aquellos que no lo eran. Así, negó la posibilidad de control jurisdiccional de las *órdenes* del Presidente a sus subordinados. De acuerdo con esa Sentencia, cuando un cargo público:

“cumpla con precisión la voluntad del Presidente, se convierte en un mero órgano a través del cual dicha voluntad se transmite. Las acciones de dicho cargo, en cuanto tales, no son susceptibles de control por los tribunales. (...) La jurisdicción de los tribunales consiste exclusivamente en tomar decisiones acerca de los

⁷ El Vicepresidente es también elegido, pero carece de funciones claramente determinadas más allá de la asunción de la presidencia en caso de ausencia del Presidente. No se le elige separadamente, sino de modo conjunto con el Presidente.

⁸ En algunas circunstancias tasadas, y muy especialmente en el caso de los organismos reguladores independientes, como la Comisión del Mercado de Valores, el Congreso ha establecido que el director de la agencia sólo puede ser destituido si existe “causa suficiente”. Sobre el significado de esta expresión no hay aún jurisprudencia. En cualquier caso, corresponde al Presidente determinar la existencia de la causa, y dicha determinación podrá ser sólo revisada por los tribunales, que probablemente tendrán una cierta deferencia hacia cualquier explicación que sea consistente o creíble. La existencia de la causa no está sujeta, y de hecho, constitucionalmente, no puede estarlo, a la previa ratificación del Congreso.

⁹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

derechos de los ciudadanos, no en controlar cómo el ejecutivo, o los cargos ejecutivos ejercen sus funciones en materias en las que gozan de discrecionalidad. *Este tribunal no puede conocer de asuntos* que, bien por su naturaleza política o en virtud de la Constitución o las leyes, correspondan al ejecutivo¹⁰,

El cargo público en cuestión en aquel caso era el de Secretario de Estado (o Ministro de Asuntos Exteriores). El juez Marshall pretendía hacer una distinción entre las acciones administrativas que se incardinan en el ámbito de la política exterior del Estado (y son de carácter político), de un lado, y otra clase de actuaciones que en aquel tiempo eran también de su competencia, el otorgamiento de comisiones (y que, por el contrario, carecían de naturaleza política, puesto que el cargo público tenía *ex lege* derecho a tales comisiones).

¿Significa ello entonces que los tribunales americanos carecen de toda competencia para revisar los actos del Gobierno cuando el ejecutivo posee cierta “discrecionalidad”? La respuesta negativa se impone, desde luego. En realidad, pocos expertos describirían hoy las decisiones que adopta la Agencia de Medio Ambiente (*Environmental Protection Agency*, EPA)¹¹ sobre la calidad del aire, por ejemplo, en los términos en los que lo hizo el Juez Marshall cuando aludía a las resoluciones que tomaba el Secretario de Estado en política exterior. El Secretario de Estado ejerce la discrecionalidad en el sentido más pleno de la palabra, que para ser gráficos podríamos escribir con mayúscula: DISCRECIONALIDAD. En esa sede, se hace referencia a escenarios en los que no hay Derecho que aplicar y en los que, por consecuencia, las decisiones “no pueden ser revisados por tribunal alguno”. Este gran juez en aquel caso no estaba pensando obviamente en esa “discrecionalidad” que el legislador le ha atribuido, por ejemplo, a la Agencia de Medio Ambiente, -la EPA-, para resolver cuestiones en las que se entremezcla el Derecho y la política. Cuestiones como las que se refieren a la determinación de los estándares de calidad del aire forman parte del Derecho administrativo. Y los tribunales pueden revisar esas determinaciones en concepto de un eventual “ejercicio abusivo de la

¹⁰ Ídem 166,170 (la cursiva es del autor).

¹¹ La EPA es una agencia del ejecutivo que no depende de ningún departamento ministerial. Dirigida por un único Administrador cuyo nombramiento requiere la confirmación del Senado y que depende de la confianza del Presidente, sus competencias son casi exclusivamente reguladoras, y no políticas en el sentido al que hace referencia el Magistrado Presidente Marshall. Los departamentos ministeriales, dirigidos por Secretarios [en el sentido español actual de Ministros, NdT], suelen ejercer competencias reguladoras y políticas. Sus actividades reguladoras están encomendadas a subdivisiones internas, encabezadas por cargos de confianza también política, cuyas funciones son, como las de la EPA, casi enteramente reguladoras. Ejemplo de ello sería la agencia conocida como Administración de Alimentación y Productos Farmacéuticos (FDA, en sus siglas en inglés) dependiente del Departamento de Sanidad y Servicios Humanos; la Administración de Salud e Higiene en el Trabajo (OSHA, en sus siglas en inglés) en el Departamento de Trabajo; y la Administración Federal de Aviación (FAA, en sus siglas en inglés) en el Departamento de Transporte. Los organismos reguladores independientes, como la Comisión del Mercado de Valores (SEC, en sus siglas en inglés), poseen competencias también enteramente reguladoras. Las consideraciones de este artículo, salvo que se diga otra cosa, se aplican a todos los órganos mencionados, EPA, FDA o SEC.

discrecionalidad”, tal como dispone la Ley federal de Procedimiento Administrativo (APA)¹². Justamente, podríamos decir que la efectividad de la tutela judicial para revisar esa clase de decisiones resulta *esencial* para que se pueda justificar la constitucionalidad del sistema; es una condición *sine qua non*. Se presume que las resoluciones de las agencias se basan en *juicios objetivos* de la realidad, esto es, en elementos de hecho (como, por ejemplo, el grado de riesgo que representan para la vida humana ciertas cantidades de ozono en la atmósfera) y no en una mera manifestación de *voluntad política*. Se considerará que la delegación es inconstitucional si no existen criterios para que los tribunales puedan valorar la legalidad de las decisiones y actos de las Agencias sobre estas materias¹³. Éstas *no* son cuestiones que deban ser decididas con criterios políticos, o por los políticos, y por lo tanto pueden ser controladas por los tribunales. El límite entre la política y el Derecho posee, en consecuencia, una especial relevancia.

¿En qué medida está legitimado entonces el Presidente para fijar objetivos y resultados, función ésta de naturaleza política, cuando su concreta determinación corresponde, por voluntad del Congreso, a agencias administrativas como la EPA? ¿Hasta qué nivel de profundidad pueden introducirse criterios políticos en la agencia? ¿Cuál es el umbral a partir del cual puede decirse que el trabajo del Gobierno se difiere a los funcionarios que, aunque sujetos a la supervisión de la dirección política, actúan ya más con criterios “administrativos” que “políticos”? En las últimas décadas, han surgido dos grandes tendencias en el Derecho administrativo norteamericano: por una parte, una creciente confianza en los reglamentos para fijar los elementos de detalle (aunque con frecuencia de enorme trascendencia) de la regulación del sector; y, por otra, una más profunda penetración de la política en el aparato de la agencia y un mayor interés por el control político de sus resultados y logros.

Que se haga un uso creciente de los reglamentos no es sino una consecuencia natural de nuestra mayor conciencia acerca de la interdependencia social y del riesgo medioambiental. Al mismo tiempo que la existencia humana ha supuesto un aumento de elementos artificiales de repercusiones desconocidas a largo plazo, nuestra capacidad tecnológica permite identificar y evaluar cada vez mejor los riesgos. El momento de más intensa producción reglamentaria tuvo lugar precisamente en la década de los sesenta y setenta del pasado siglo cuando se produce la eclosión de la legislación relativa a la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente.

¹² 5 U.S.C. § 706 (2) (A).

¹³ Véase, v. gr., *Ethyl Corp. v. EPA*, 542 F.2d 1, 68 (D.C. Cir. 1976) (Leventhal, J., a favor) (“El Congreso está dispuesto a ejercer una delegación amplia de sus poderes legislativos, y los tribunales han confirmado dicha delegación, puesto que existe un control jurisdiccional para garantizar que la agencia ejercita sus poderes delegados de acuerdo con los límites establecidos en la ley”); *Skinner v. Mid-Atlantic Pipeline Co.*, 490 U.S. 212, 218 (1989) (“En la medida en que el Congreso establece las directrices que han de seguir las agencias en el ejercicio de sus facultades, y un tribunal pueda, por lo tanto, determinar si la voluntad del Congreso ha sido obediencia, la delegación de la potestad legislativa no vulnera el principio de separación de poderes.”—las citas internas han sido omitidas—).

El siglo XIX, sin embargo, no contaba con los medios e instrumentos para detectar los efectos negativos que se estaban produciendo sobre el calentamiento global, las enfermedades laborales y otros riesgos para la salud. Acaso había otros problemas y riesgos más evidentes e inmediatos de los que ocuparse. La valoración que podamos hacer con el nuevo caudal de conocimientos adquiridos y nuestra mayor sensibilidad hacia el riesgo –por ejemplo, respecto del nivel de ozono en la atmósfera tolerable para la salud– es algo que requiere un grado de detalle y de especialización que no puede transferirse fácilmente a la legislación general. Tal como sugiere el esquema piramidal que abre este artículo, se espera que sean las asambleas legislativas las que establezcan los criterios generales en la materia, y que cedan a los técnicos, esto es, a la Administración, la determinación en detalle de los niveles adecuados para cada sustancia en particular, como el ozono.

La fuerte separación de las funciones ejecutivas y legislativas en los Estados Unidos (o, dicho de otro modo, la ausencia de responsabilidad política del legislativo respecto de los resultados que se generen con los reglamentos aprobados por las agencias) no hace sino fortalecer la tentación o la tendencia a transferir la regulación al reglamento, lo que cuenta por otra parte con el apoyo de la escuela norteamericana de la “*public choice*”¹⁴. La única necesidad política que ha de satisfacer el Congreso para gozar de la credibilidad del público por su “acción” consiste en *comparecer* como el órgano que se ha ocupado del problema. En realidad, no necesita hacer tanto como podría para resolver políticamente el problema, pues así puede, si las cosas salen peor de lo previsto, responsabilizar a otros. En consecuencia, algunas de las materias que corresponde resolver en el segundo nivel de la escala jerárquica a la que se ha hecho referencia se difieren al tercer nivel.

No se ha encontrado ninguna solución efectiva para corregir este fallo institucional. La respuesta natural sería que la Constitución estableciera un límite a las potestades del Congreso para otorgar poderes al ejecutivo¹⁵. En teoría, dicha limitación existe, y se conoce con el nombre de “delegación”. Las restricciones que cabe derivar de la doctrina de la “delegación” son suficientes para evitar que se

¹⁴ La “*Public choice*” constituye una corriente doctrinal y una disciplina académica que tiene por objeto la proyección del razonamiento económico al ámbito de la política. Ha experimentado un enorme auge respecto del análisis del comportamiento del legislativo, y trata de explicar sus decisiones en función de los incentivos que los parlamentarios puedan tener para asegurarse la reelección, así como de los comportamientos que probablemente les van a permitir alcanzar dicho objetivo. Aunque algo escéptico sobre las consecuencias normativas que pudieran derivarse de considerar el mundo de la política como un “mercado”, resulta útil como introducción para el contexto norteamericano el texto de Daniel A. Farber y Phillip P. Frickley, *LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION* (University of Chicago Press 1991). Vid. también, Daniel A. Farber y Phillip P. Frickley, *The Jurisprudence of Public Choice*, 65 Tex. L. Rev. 873 (1987).

¹⁵ La Constitución norteamericana no define el concepto de gobierno de los Estados Unidos, pues sólo alude a las tres ramas del poder: el Congreso, el Presidente y el Tribunal Supremo. La definición de todo lo demás, como los departamentos ministeriales, los tribunales inferiores, las agencias independientes, e incluso las dimensiones concretas del Tribunal Supremo, corresponde a la Ley aprobada por el Congreso, de acuerdo con su facultad general de aprobar leyes “necesarias y apropiadas” para cumplir con los fines fijados por la Constitución. U.S. Const. Art. I Pár. 8. Vid. Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 Colum. L. Rev. 573 (1984).

otorgue esa *DISCRECIONALIDAD*, con mayúscula, en aquellos ámbitos en los que los tribunales concluirían con seguridad que se hallan en la posición de determinar la legalidad de la acción del ejecutivo, esto es, allí donde puedan concluir que para consentir o tolerar la potestad administrativa otorgada es necesario que exista una ley que aplicar. Por ello, los letrados del Gobierno raramente argumentan que no cabe control jurisdiccional en un sector de la realidad administrativa, sino que tratan de convencer a los tribunales de que la actuación de la agencia es conforme a la legalidad.

Aunque debiera haber, en consecuencia, “criterios inteligibles” y operativos a los que se tenga que sujetar la Administración¹⁶, lo cierto es que el test para determinar su existencia resulta extremadamente permisivo. Casi podría decirse que es suficiente con que el ejecutivo reconozca la necesidad de demostrar la legalidad a la luz de las leyes aplicables¹⁷. Los tribunales se ven obligados, por ello, a trabajar muy duro para resolver ese problema a base de interpretación, en lugar de afirmar que el Congreso no ha legislado suficientemente. Los tribunales han lamentado la inexistencia de un criterio o estándar que sea manejable judicialmente para poder identificar cuándo nos encontramos ante la ausencia de base legislativa suficiente¹⁸. Los jueces tratan de identificar un “criterio inteligible” que sirva para medir la validez de la delegación legislativa de la actividad reglamentaria en favor de la agencia, que en consecuencia permita ulteriormente valorar la legalidad de la actuación de la agencia. Con todo, la jurisprudencia admite una amplia discrecionalidad en relación con temas para los que los tribunales carecen de conocimientos técnicos y especializados (por ejemplo, las consecuencias para la salud o para el medio ambiente de determinadas concentraciones de ozono).

¹⁶ J.W. Hampton, Jr., & Co. v. Estados Unidos, 276 U.S. 394, 409 (1928) (“Si el Congreso establece por ley un criterio inteligible que deba conformar la actuación de la persona u órgano encargado de fijar los criterios, dicha disposición legal no constituye una delegación prohibida del poder legislativo”).

¹⁷ En el caso *Estado de Dakota del Sur v. Departamento del Interior de los Estados Unidos*, 69 F. 3d 878 (8º Cir. 1995), el Gobierno argumentó ante el tribunal de apelación del Octavo Distrito que el tribunal era incompetente para revisar una resolución del Secretario del Interior en un asunto sobre la concesión de un permiso a una tribu india para realizar en su reserva actividades de juegos y apuestas, puesto que la ley en la que se basaba la resolución otorgaba *DISCRECIONALIDAD* al Secretario; y ninguna ley era de aplicación al caso. *Id.* en 881. Asombrado, el tribunal consideró que la ley suponía una delegación contraria a Derecho. *Id.* en 885. El caso llegó al Tribunal Supremo y, mientras que estaba pendiente de examen, los abogados del Gobierno informaron al Tribunal que el Secretario había llegado a la conclusión de que existía una norma legal a la que debía conformarse la resolución, por lo que el Tribunal *a quo* podía revisar la legalidad de la resolución recurrida. Sin entrar en el fondo del asunto, el Tribunal Supremo anuló la sentencia del tribunal del Octavo Distrito y le devolvió el asunto para que procediera a revisar la resolución, al no existir ya impedimentos legales para ello. *Dept. Of Interior v. South Dakota*, 519 U.S. 919 (1996).

¹⁸ *Vid.*, v. gr. *Whitman v. Amer. Trucking*, 531 U.S. 457, 474-75 (donde se cita a *Mistretta v. Estados Unidos*, 488 U.S. 361, 416 (1989) (Scalia, J. en desacuerdo) (“Casi nunca nos hemos considerado competentes para deducir la voluntad del Congreso en lo que se refiere al grado de tolerancia respecto de juicios políticos que pueden realizar aquéllos que están encargados de la ejecución o aplicación del derecho.”); *Mistretta*, 488 U.S. en 415 (Scalia, J., en desacuerdo) (se afirmó que “la doctrina de la delegación inconstitucional (...) no es susceptible de ser aplicable sin más por los tribunales”).

Así, la regulación del sector que deriva de este proceso implica una valoración que a un tiempo:

- genera importantes consecuencias sociales (la elección de un nivel de ozono en lugar de otro puede tener importantes efectos económicos y de otro tipo en varios sectores sociales);
- se presenta con un carácter objetivo –puesto que es fruto de la determinación de los expertos–, cuando lo cierto es que no existe una única solución “correcta”, y que por ello son necesarias muchas valoraciones científicas;
- es susceptible de control judicial en una limitada medida;
- no resulta atribuible políticamente al Congreso o al partido político que en aquel momento representara el equilibrio del poder;
- y, sin embargo, podría atribuirse al Presidente, en la medida en que, aun realizada por una agencia integrada por expertos (en el ejemplo, la de Medio Ambiente, o EPA), ha nombrado a su director y tiene sus propias prioridades sobre las cuestiones a regular.

Por ello, se entiende fácilmente que con el paso del tiempo y a medida que los reglamentos adquirirían una mayor relevancia los Presidentes hayan pretendido ponerlos bajo su control político. Han tratado de introducir criterios políticos y su propia voluntad en supuestos en los que se presume que el ejercicio de tal autoridad corresponde a la agencia porque se trata de una resolución racional basada en una valoración técnica.

En su expresión más extrema, consecuencia de la popularidad que en los últimos años ha acompañado a la Administración del Presidente George W. Bush, se ha llegado a sostener que mediante la creación de un ejecutivo único y “unitario”, la Constitución permite al Presidente decidir en última instancia sobre cualquier materia que el Congreso le haya encargado a una agencia dependiente del ejecutivo¹⁹. He tratado este asunto extensamente en otro lugar²⁰, pero puede ser útil recordar aquí algunos elementos de dicho análisis con el objeto de perfilar el tema:

¹⁹ Las obras más significativas en defensa de cada una de las tesis son las siguientes: en favor de que la Constitución confiere al Presidente potestad decisoria: vid., por ejemplo, Steven G. Calabresi y Saikrishna B. Prakash, *The President's Power to Execute the Laws*, 104 Yale L. J. 541, 549-50 (1994); Christopher S. Yoo, Steven G. Calabresi y Anthony J. Colangelo, *The Unitary Executive in the Modern Era, 1945-2004*, 90 Iowa L. Rev. 601, 730 (2005); tesis de que la Constitución no otorga al Presidente potestad decisoria, pero se debe presumir que el Congreso la confiere, como consecuencia de la realidad de la administración moderna: vid., por ejemplo, Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 Harv. L. Rev. 2245, 2251 (2001); Lawrence Lessig y Cass R. Sunstein, *The President and the Administration*, 94 Colum. L. Rev. 1, 2-3 (1994); y, en favor de que el Presidente sólo tiene facultades de supervisión salvo que cuente con autorización expresa: vid., por ejemplo, Cynthia R. Farina, *The Consent of the Governed: Against Simple Rules for a Complex World*, 72 Chi.-Kent L. Rev. 987, 987-89 (2007); Kevin M. Stack, *The President's Statutory Powers to Administer the Laws*, 106 Colum. L. Rev. 263, 267 (2006); Peter L. Strauss, *Presidential Rulemaking*, 72 Chi.-Kent L. Rev. 965, 984-86 (1997).

²⁰ Peter L. Strauss, *Overseer or "The Decider"? The President in Administrative Law*, 75 Geo. Wash. L. Rev. 695 (2007).

La Constitución es, cuando menos, ambivalente respecto de la cuestión considerada. Por una parte, desde el frontispicio del artículo II se sitúa todo el poder ejecutivo en manos del Presidente, y la convención de Filadelfia en términos claros y categóricos, como es bien sabido, rechazó cualquier forma de organización del ejecutivo en forma colegiada²¹.

La doctrina más favorable a un ejecutivo unitario bajo la dirección del Presidente argumenta que cuando el Congreso delega en favor de un órgano concreto del ejecutivo una determinada materia, en realidad lo hace por razones de oportunidad y conveniencia, puesto que en términos constitucionales le corresponde al Presidente²².

Por otra parte, la Constitución emplea dos veces los términos “deberes” o “poderes” con referencia a otros cargos distintos del Presidente²³. El artículo II le concede al Presidente tan sólo la facultad de solicitar la opinión por escrito de esos altos cargos en relación al ejercicio por parte de éstos de esos deberes (es decir, el precitado artículo no dice que la facultad consista en ordenar el cumplimiento de los deberes encomendados)²⁴. El precepto concluye que el Presidente es responsable de que las leyes “se ejecuten debidamente²⁵”, lo que parece indicar que la ejecución de las mismas puede corresponder a otros. Desde esta perspectiva, tal como algunos *Attorneys General* –máximos asesores jurídicos del Gobierno y jefes del Departamento de Justicia– han afirmado (aunque no existe unanimidad²⁶), cuando

²¹ Vid. Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 Colum. L. Rev. 573, 599-602 (1984).

²² Vid., por ejemplo, Calabresi y Prakash, op. cit.; Yoo, Calabresi y Colangelo, op. cit., nota 17.

²³ La Constitución de los Estados Unidos, en su artículo I, párrafo 8, apartado 18, establece que el Congreso tiene facultad “para expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto (...) todos los demás poderes que esta Constitución *confiere* al Gobierno de los Estados Unidos o *cualquiera de sus Departamentos* o Funcionarios”, y en su artículo II, párrafo 2, apartado 1, dispone que el Presidente “podrá solicitar la Opinión por escrito del Funcionario principal de cada uno de los Departamentos administrativos con relación a cualquier asunto que se relacione con los *Deberes de sus respectivos Empleos*.” (Las cursivas son del autor).

²⁴ Artículo II, párrafo 2, apartado 1 de la Constitución de los Estados Unidos el Presidente “podrá solicitar la Opinión por escrito del Funcionario principal de cada uno de los Departamentos administrativos con relación a cualquier asunto que se relacione con los *Deberes de sus respectivos Empleos*.” (Las cursivas son del autor).

²⁵ Artículo II, párrafo 3, apartado 3 de la Constitución de los Estados Unidos (las cursivas son del autor).

²⁶ La doctrina suele resaltar las diferencias entre el asesoramiento proporcionado por el Attorney General Wirt al Presidente Monroe, por un lado, y el proporcionado por el *Attorney General* Cushing al Presidente Pierce. Wirt afirmó que “[el papel del Presidente consiste en proporcionar] una función de dirección [sobre aquéllos a los que el Congreso ha asignado funciones ejecutivas, puesto que] no ha podido ser nunca la intención de la Constitución (...) que sea el Presidente quien ejecute personalmente las leyes (...). Si el Presidente tuviera que ejercer [una función que corresponde a otro órgano por ley], no solamente no estaría velando por la debida ejecución de las leyes, sino que las estaría incumpliendo”. (The President and Accounting Officers, 1 Op. Att’y Gen. 624, 624-25 (1823). Cushing, por otra parte, afirmó que “ningún Jefe de Departamento puede legalmente realizar actos *oficiales* en contra de la voluntad del Presidente, [puesto que de lo contrario, el Congreso tendría competencia para] dividir y

[Cont.]

el Congreso establece mediante ley deberes que han de ser satisfechos por otros cargos, el Presidente está obligado constitucionalmente no sólo a supervisar, sino también a respetar el ejercicio independiente de dichos deberes. Al igual que el Presidente debe respetar el marco legislativo que otorga la competencia sobre los parques nacionales al Departamento de Interior y la de los bosques nacionales al Departamento de Agricultura, el Presidente deberá también, desde esa perspectiva, respetar las competencias ejecutivas atribuidas a la EPA sobre determinados asuntos relacionados con la calidad del aire, sin perjuicio de su facultad general de supervisión, que tendrá naturaleza inevitablemente política.

La diferencia entre la supervisión o control, de un lado, y la toma de decisiones, de otro, puede resultar sutil, sobre todo cuando los acuerdos importantes se toman a puerta cerrada y entre personas de la misma adscripción política, y éstas valoran la lealtad y consideran que el Presidente que les ha seleccionado es su líder democráticamente elegido. Sin embargo, hay una diferencia entre el respeto y la deferencia política, por una parte, y la obediencia impuesta por la ley, por otra. El subordinado debe saber en todo momento qué ha de prevalecer y cuál es su responsabilidad, y ello es importante para entender el significado de un gobierno sometido a la ley. El planteamiento del problema realizado por el Profesor Corwin hace cincuenta años es inmejorable:

Supongamos (...) que la ley atribuye nominalmente una determinada obligación a una agencia dependiente del ejecutivo. ¿Significa ello que el Presidente está facultado entonces para sustituir eventualmente la decisión de la agencia, adoptada en el ejercicio de su competencia, por la suya propia, bien sea en virtud de su “poder ejecutivo” o de su deber de velar por que “las leyes se ejecuten debidamente”? Una respuesta sin los matices necesarios nos llevaría a conclusiones sorprendentes. Así, una respuesta afirmativa permitiría convertir en discrecional todo acto dictado en ejecución de una ley, una discrecionalidad que además sería ejercida por una rama independiente del ejecutivo legalmente exenta de control. De igual modo, el Congreso, pese a los amplios poderes que tiene atribuidos en función de la cláusula “*necessary-and-proper*”*, tendría muy difícil dejar en manos de los expertos del ejecutivo determinadas decisiones de carácter técnico, con un

[Cont.]

trasladar el poder ejecutivo hasta tal punto que subvertiría la acción de Gobierno, si bien la gestión ordinaria del Departamento [es decir, en términos legales, la gestión cuya responsabilidad corresponde a los Departamentos y no al Presidente] puede ser realizada por el Jefe del mismo, sin una dirección o control especial por parte del Presidente” (Relation of the President to the Executive Departments, 7 Op. Att’y Gen. 453, 469-71 (1855) (cursivas en el original). Estas opiniones, con comentarios interesantes, pueden consultarse en H. Jefferson Powell, THE CONSTITUTION AND THE ATTORNEYS GENERAL 29-34, 131-48 (1999); vid. también Harold H. Bruff, BALANCE OF FORCES: SEPARATION OF POWERS LAW IN THE ADMINISTRATIVE STATE 456-59 (2006).

* De acuerdo con el art. 8, último párrafo, de la Constitución norteamericana, el Congreso está facultado para “aprobar todas las leyes que fueren *necesarias* y *convenientes* para poner en práctica las precedentes facultades, así como todas aquellas que en virtud de esta Constitución puedan estar investidas en el Gobierno de los Estados Unidos o en cualquiera de sus departamentos o funcionarios”. (El subrayado es, naturalmente, nuestro).

mínimo de garantía de que esa discrecionalidad técnica no sería pervertida en aras de los fines políticos del Presidente de turno. Al mismo tiempo, una respuesta negativa también tendría consecuencias indeseadas, pues, tal como afirmó en términos bastante peculiares el *Attorney General Cushing*, ello permitiría al Congreso dividir y otorgarse el “poder ejecutivo” mediante ley y cambiar el sistema de gobierno de los Estados Unidos “transformándolo en un despotismo parlamentario como el de Venezuela o Gran Bretaña con un jefe del ejecutivo o Presidente meramente *nominal* sin poder real alguno²⁷”.

Ésta es la cuestión fundamental. Coincidiendo con la vieja doctrina²⁸, mi conclusión es que en el contexto del Derecho administrativo ordinario, cuando el Congreso ha otorgado determinadas competencias o funciones a una agencia gubernamental, sujeta a su supervisión y al control jurisdiccional, el papel del Presidente consiste en supervisar y no en tomar decisiones, al igual que el del Congreso y el de los tribunales. Estas potestades de supervisión permiten, a mi juicio, mantener el carácter unitario del jefe del ejecutivo de conformidad con la norma constitucional, al tiempo que se evita la tiranía del ejecutivo al que alude el dilema descrito por Corwin.

La Constitución ha establecido expresamente un jefe de Estado unitario, pero deja en manos del Congreso la casi completa configuración del ejecutivo. La norma constitucional se decanta implícitamente por una labor de supervisión de la estructura, más que por una función decisoria. La estructura del gobierno establecida por el Congreso forma parte de la legalidad ordinaria por cuya “debida ejecución” ha de velar el Presidente. La Constitución anticipa que dicha estructura supondrá que los “deberes” serán impuestos a distintos cargos del ejecutivo, y serán precisados con cierto margen de discrecionalidad por el Congreso. La misma interpretación debe ser mantenida en nuestros días para un gobierno de las dimensiones y objetivos del actual, en el marco de un país caracterizado por la cláusula del Estado de Derecho y frente a cualquier poder sin contrapeso.

El Congreso puede otorgar poderes decisorios al Presidente en este contexto, y así lo ha hecho en algunas ocasiones. En sectores muy concretos (relaciones exteriores, asuntos militares, de asuntos potencialmente conflictivos) el argumento en favor de poderes decisorios inherentes al cargo de Presidente se hace más sólido. Sin embargo, en el ámbito de la gestión administrativa ordinaria, allí donde el Congreso ha delegado responsabilidades en favor de un concreto sujeto o actor del Ejecutivo que él mismo ha creado, es obvio que esa delegación forma parte del Derecho cuya debida ejecución el Presidente está obligado a garantizar²⁹. La responsabilidad del Presidente es la supervisión y no la decisión.

²⁷ Edward S. Corwin, *THE PRESIDENT: OFFICE AND POWERS 1787-1957*, p. 80-81 (4ª edición revisada en 1957) (cursivas en el original).

²⁸ Por ejemplo, Strauss, *op. cit.* Notas 17 y 18.

²⁹ Como ilustración de la fuerte posición de la administración del Presidente Bush en la materia, cabe citar esta afirmación pronunciada por el Presidente durante la firma de la Ley de Responsabilidad y Mejora Postal de 2006 (*Postal Accountability and Enhancement Act*), que establecía una disposición

De ordinario, no es el Presidente mismo el que da las órdenes, sino una estructura política que opera bajo su directa responsabilidad e inmediato control. En los últimos años, se ha producido un doble fenómeno: una expansión significativa de esa estructura política en la Casa Blanca, y una mayor penetración de la dimensión política en el seno de la organización burocrática o administrativa de las agencias. Desde la Administración del Presidente Ford (1974-77), todos los Presidentes han ido estableciendo mecanismos cada vez más estrictos para la supervisión de la producción normativa y disposiciones administrativas de las agencias, susceptibles de tener un significativo impacto económico. Estos mecanismos particulares, centrados en la Oficina de Información y Análisis Normativo (OIAN)* de la Oficina Presidencial de Gestión y del Presupuesto (OPGP)**, serán objeto de estudio pormenorizado más adelante. Baste ahora subrayar que los controles de esa primera Oficina son de carácter profesional y técnico-administrativo en contraste con los controles de otras oficinas de la Casa Blanca.

Los reveladores relatos de Lisa Bressman y Michael Vanderbergh sobre las relaciones entre la EPA y la Casa Blanca, desde la perspectiva de los nombramientos políticos de la EPA, ponen de manifiesto que son muchas las voces que se han alzado en favor del control presidencial, tanto en gobiernos republicanos como demócratas³⁰. Elena Kagan, posteriormente decana de la Facultad de Derecho de Harvard, ha relatado extensamente su experiencia, bajo la Presidencia de Clinton, de dirección presidencial en el ejercicio de la potestad reglamentaria de la agencia, sin tomar en consideración, en ningún momento, el papel de Oficina de Información y Análisis Normativo³¹.

El incremento de personas con responsabilidad política en el seno de las agencias ha sido objeto de menor atención. Pero, desde luego, ha hecho de la “Administración americana” una estructura mucho más politizada de lo que cabría esperar en los sistemas de función pública (civil service) de muchas democracias parlamentarias.

Posiblemente la evolución en este sentido empezó con la presidencia de Jimmy Carter, cuando una reforma del derecho de la función pública permitió la

[Cont.]

que exigía expresamente una orden de registro para abrir cartas de primera clase en correo nacional: “el ejecutivo interpretará el artículo 404 (c) del Título 39, en la redacción proporcionada por el artículo 1010 (e) de la Ley, que permite la apertura del correo postal cerrado a la inspección, de una forma compatible, en la medida de lo posible, con la necesidad de llevar a cabo registros en circunstancias límite, como las necesarias para la protección de la vida humana frente a productos tóxicos, y la necesidad para llevar a cabo registros físicos específicamente autorizados por la ley para obtener información de fuentes extranjeras”.

Es decir, que, en la medida en que tiene la facultad de proteger a la nación, las disposiciones legales pueden ser ignoradas. Declaración del Presidente en H.R. 6407, The “Postal Accountability and Enhancement Act”, 20 de diciembre de 2006, 2006 WL 3737548.

* Office of Information and Regulatory Analysis (OIRA).

** President’s Office of Management and Budget (OMB).

³⁰ Lisa Schultz Bressman y Michael P. Vanderbergh, *Inside the Administrative State: A Critical look at the Practice of Presidential Control*, 105 Mich. L. Rev. 47, 47-52 (2006).

³¹ Op, cit. Nota 17 supra.

creación de un Servicio Ejecutivo Superior en los niveles más altos que comprende a todas las personas responsables de la dirección política y de otros asuntos que implican o entrañan un margen de discrecionalidad sustancialmente relevante.

Tanto en los Estados Unidos como en las democracias europeas, muchas oficinas federales o unidades de departamentos ministeriales podrían estar a cargo de un funcionario superior, o de un empleado permanente de un Gobierno, más que bajo la dirección de personas de libre designación o confianza política³². Aquella reforma hizo que el personal estuviera más sujeto que antes a la recompensa y a la sanción, a la movilidad y a la dirección. Si bien el personal seguía siendo formalmente funcionario, es decir, empleados permanentes, probablemente no sorprenda el hecho de que esa mayor recompensa y castigo impuesta desde arriba, trajera consigo determinadas prácticas de control político:

- La oficina de la Casa Blanca responsable de la evaluación de los nombramientos dentro del ejecutivo (y de la aceptación que el nombramiento depara en términos políticos), pasó de tener trece empleados a veintiuno durante los 25 años comprendidos entre 1982, el segundo año de la Administración *Reagan*, y 2008, en la última parte del segundo mandato del Presidente Bush. La oficina llegó a tener 35 empleados en 2001³³.
- Una investigación del Departamento de Justicia concluyó que Monica Goodling, enlace del Departamento en la Casa Blanca y asesora principal del *Attorney General*, “utilizó inadecuadamente los mismos criterios de evaluación, de naturaleza política, para la selección de los candidatos a puestos de carrera [en el Departamento de Justicia] que los usados para los cargos políticos de libre designación, en vulneración del Derecho federal y de la política del Departamento³⁴”.

³² El estudio clásico en la materia, escrito en el momento de la citada modificación legal, es Herbert Kaufman, *THE ADMINISTRATIVE BEHAVIOUR OF FEDERAL BUREAU CHIEFS* (1981).

³³ Cfr. *FEDERAL/STATE EXECUTIVE DIRECTORY 1985* (Carroll Publishing Co. 1985) con *CARROLL'S FEDERAL DIRECTORY 2008* (Carroll Publishing Co. 2008).

³⁴ Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Investigation of Allegation of Politicized Hiring by Monica Goodling and Other Staff in the Office of the Attorney General* 1, 135 (2008), disponible en <http://www.usdoj.gov/oig/special/s0801/final.pdf>.

Similares consecuencias parecen derivarse de la reacción presidencial a las exigencias del Congreso de que ciertos altos cargos políticos debían tener conocimientos en el sector relevante. Tras el desastre del huracán Katrina y las deficiencias de la Administración Federal para la Gestión de Emergencias (FEMA, en sus siglas en inglés), el Congreso aprobó una serie de leyes que exigían que la persona nombrada al frente del FEMA debía tener experiencia en la gestión de instituciones complejas y en situaciones de emergencia. *Department of Homeland Security Appropriations Act*, 2007 § 611 (11), 6 U.S.C. § 313. En una ley posterior, el Congreso dispuso que los altos cargos nombrados en la Comisión del Servicio Postal de los Estados Unidos debían tener experiencia en el sector. *Postal Accountability and Enhancement Act* 2006 § 501, 39 U.S.C. § 202. En la firma para la promulgación de estas extensas leyes el Presidente aludió a las citadas disposiciones, (frente a otras muchas que aceptó), como contrarias a su facultad constitucional de nombrar a personas de su confianza. Declaración del Presidente George W. Bush al firmar H.R. 5441, 2006 U.S.C.C.A.N S49, S52 (4 oct. 2006) (“la ley tiene como objeto limitar las calificaciones de los posibles candidatos que pueden ser nombrados por el Presidente para dichos

[Cont.]

- Algunos periódicos informaron de que el Vicepresidente Cheney intentó controlar decisiones tan nimias como el volumen de agua que había de ser liberada de una presa federal con el fin de proteger determinadas poblaciones de peces en peligro (en contra de las necesidades de los agricultores afectados por la sequía), lo que indicaría que existen cargos políticos dependientes de la Casa Blanca en niveles muy básicos en el seno de las agencias³⁵.
- Una orden ejecutiva* del Presidente, que siguió inmediatamente a la victoria del partido demócrata en el Congreso en 2006, requirió de toda agencia que situara el control sobre su producción normativa, no en manos de la dirección de la agencia, sino de una persona nombrada por la Casa Blanca³⁶.
- Se ha criticado de la Administración del Presidente Bush, en su segundo mandato, que intentara ejercer influencia política sobre algunos temas relacionados con la ciencia³⁷ (por no permitir, por ejemplo, que los científicos que trabajaban para el ejecutivo pudieran testificar sobre ciertos resultados; o en relación con la fijación de los niveles adecuados de ozono para determinar los criterios de calidad del aire; etc.).

Es claro, en suma, que todas estas cuestiones se encuentran íntimamente relacionadas con la pretensión de los Presidentes de dominar, como si se tratara de un derecho propio, el trabajo del ejecutivo, para estructurarlo, en consecuencia, al servicio, no de fines de carácter administrativo, sino de naturaleza política.

Esta intensa politización de los procesos administrativos, antes considerados como un terreno para los expertos y los técnicos, no debe sorprender. De un lado, obedece a que el Congreso no responde políticamente, como lo hace el Presidente; de otro, al hecho de que los reglamentos han adquirido una enorme relevancia práctica para la economía norteamericana (y, por ello, también para los políticos); y, en fin, al hábito de las últimas décadas de situar a un partido político en la Casa Blanca y al otro en el Congreso. En ese contexto, para un Presidente que se enfrenta a la hostilidad política de la Cámara legislativa resulta fácil –y necesario– tomar el control del aparato administrativo.

El problema es que con ello se genera un ejecutivo excesivamente poderoso, como ya apuntara Corwin y la experiencia histórica acredita. Podría pensarse que

[Cont.]

cargos, de tal forma que excluye a un gran número de personas que poseen experiencia y conocimientos suficientes. En consecuencia, el ejecutivo interpretará el artículo 611 de acuerdo con la disposición relativa a los nombramientos contenida en la Constitución"); Declaración del Presidente George W. Bush al firmar H.R. 6407, 2006 U.S.C.C.A.N S76 (20 diciembre 2006) (realizando una declaración prácticamente idéntica a la anterior).

³⁵ Becker y Gelman, *Leaving No Tracks on Environmental Policy*, The Washington Post, 27 de junio de 2007, disponible en 2007 WLNR 12054552.

* Sobre el concepto de orden ejecutiva, *vid. infra* nota núm. 47.

³⁶ Orden Ejecutiva ("OE") 13.422, 72 Fed. Reg. 2763 (23 de enero de 2007).

³⁷ Thomas O. McGarity & Wendy E. Wagner, *BENDING SCIENCE: HOW SPECIAL INTERESTS CORRUPT PUBLIC HEALTH RESEARCH* (2008).

la creación legislativa de pequeñas organizaciones administrativas no constituye una verdadera amenaza para los derechos y libertades. Y que, aun cuando adolezcan de un cierto déficit democrático por cuanto su responsabilidad política se reduce al vínculo que les une con el nombramiento presidencial, lo cierto es que se trata de organizaciones autónomas y dispersas: cada agencia actúa en un ámbito determinado de responsabilidad y de conocimiento especializado, y ejerce las potestades que le han sido atribuidas a través de procedimientos administrativos transparentes y sujetos al control jurisdiccional. Ahora bien, lo que sí resulta más difícil de aceptar es la idea de que todo el conjunto de facultades que el Congreso ha atribuido a las distintas agencias gubernamentales se ejerza por un único autócrata y a puerta cerrada y, como podría temerse, bajo la influencia de las necesidades de la política y no de acuerdo con criterios técnicos³⁸. No olvidemos que el Congreso decidió en última instancia atribuir dichas competencias a las agencias, y no al Presidente, y someterlas (a diferencia de lo que ocurre de ordinario con el Presidente) a control judicial y político.

En una importante sentencia de mitad del siglo XX dictada por el Tribunal Supremo en relación con los esfuerzos del Presidente Truman por ampliar sus competencias ejecutivas para hacer frente a una situación urgente en la Guerra de Corea (en un contexto ajeno al de la dirección del procedimiento de elaboración de normas y disposiciones), el magistrado ponente Hugo Black, expresando la opinión de la mayoría, estableció una doctrina que se ha hecho famosa: la facultad del Presidente, atribuida por la Constitución, de velar por la correcta ejecución de las leyes constituye una clara refutación de que pueda erigirse en productor de normas³⁹. Los tribunales de los Estados Unidos aceptan, sin embargo, que las agencias dicten normas reglamentarias y disposiciones administrativas, lo que sin duda las convierte en legislador material. Pero ello es así porque consideran que esa producción normativa resulta atribuible a las agencias, no al Presidente. Es fácil deducir, en consecuencia, la dificultad a la que se enfrentan los argumentos en favor de un “ejecutivo unitario” fuerte, ante esa posición jurisprudencial.

Para concluir este epígrafe, permítaseme que me remita a lo que he escrito en otro lugar, en un tono informal, en relación con el Presidente y el Estado de Derecho⁴⁰:

Neil Katyal publicó en la Revista de la Facultad de Derecho de Yale un artículo titulado “la separación interna de poderes: controlando al poder más peligroso en la actualidad desde dentro ” Frente a un Congreso dividido, el autor argumentaba –y es difícil poner en duda que el Congreso está efectivamente dividido– que los límites jurídicos a las ambiciones políticas del Presidente deben de construirse a través del funcionariado.

³⁸ Todd D. Rakoff, *The Shape of the Law in American Administrative State*, 11 Tel-Aviv U. Stud. L. 9 (1992).

³⁹ *Youngstown Sheet y Tube Co. c. Sawyer*, 343 U.S. 579, 587 (1952).

⁴⁰ Peter L. Strauss, *The President and the Rule of Law* (nov. 2007) (manuscrito no publicado).

A pesar de ser criticada tanto por la derecha como por la izquierda, el personal técnico y experto al servicio de la Administración cumple una función esencial. Una función pública independiente de todo color político proporciona estabilidad y una visión institucional de largo alcance.

Los partidarios del “Sí, Señor Ministro” (*Yes, Minister**) reconocerán que esta opinión no es exclusivamente norteamericana. La legislación de los Estados Unidos ha apostado por una función pública de esas características, desde la Ley de Reforma de la Función Pública de 1883, que fue la primera en establecer una función pública profesional en el ámbito federal. Sin embargo, se percibe una progresiva politización de la función pública (utilización de tests políticos junto con, o en vez de, criterios técnicos, etc.). Si se plantea el problema como una elección entre el imperio de la ley o el imperio de los hombres, las consecuencias son inimaginables. Incluso si optamos por el imperio de la ley, en el mejor de los casos tendremos un sistema en el que coexistirán ambos imperios. En última instancia, se trata de someter la política a determinados límites, lo que tal vez constituye, ante todo, una cuestión de integridad.

II. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS BASADO EN EL MODELO DEL “ANUNCIO PREVIO Y ALEGACIONES” (“NOTICE AND COMMENT”)*

En 1946 se aprobó la Ley federal de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*) y en ella se estableció un procedimiento general, basado en el sistema denominado de “anuncio y alegaciones”, para la aprobación de normas reglamentarias (art. 553)⁴². Es un procedimiento de una enorme simplicidad.

⁴¹ Neal Kumar Katyal, *Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within*, 115 Yale L.J. 2314 (2006).

* “*Yes Minister*” es una serie de televisión, producida por la BBC en los años 80, y muy conocida en todos los países de habla inglesa, que trata, en clave de humor, de las relaciones entre un Ministro del Gobierno británico y el funcionario jefe a cargo del Ministerio.

* Aunque resulte más familiar a la cultura del Derecho Administrativo en España y otros países hablar de procedimientos administrativos basados en la “publicidad” y en la “audiencia” (o, en este último caso, si se prefiere, de “información pública”), ambos términos resultan inexpresivos, no ya sólo por genéricos (“publicidad” puede proyectarse sobre cualquier elemento del procedimiento), sino en razón de su mismo contenido, desde luego no homologable al nuestro en términos de intensidad, contenido y efectividad. El “anuncio” del reglamento proyectado representa una verdadera llamada a la participación. Y el elemento participativo a través de las alegaciones se convierte en un diálogo o debate, que no se corresponde con la práctica de la información pública en ciertos procedimientos tradicionales (por ejemplo, de elaboración del planeamiento), dejando al margen, claro está, la influencia comunitaria sobre los nuevos procedimientos (por ejemplo, de evaluación estratégica ambiental).

⁴² 5 U.S.C. § 553 procedimiento de elaboración de reglas:

(a) Este artículo resulta de aplicación, de conformidad con las previsiones de la Ley, excepto en el supuesto en que se afecte a:

(1) una función militar o de asuntos exteriores de los Estados Unidos o
(2) una cuestión relativa a la gestión o al personal de una Agencia o a la propiedad pública, préstamo, subsidio, beneficio o contrato. [Cont.]

De entrada, si se examina la definición legal del procedimiento de elaboración basado en el “anuncio y alegaciones”, es fácil apreciar que la Ley tan sólo ha establecido tres elementos procedimentales mínimos en relación con la participación del público, a su vez regulados en términos muy abiertos:

- Las agencias deben anunciar con antelación suficiente que están considerando aprobar un reglamento, salvo que se trate de casos urgentes, de cuestiones internas o de detalle. Tal como se desprende de la Ley, el anuncio previo puede ser genérico: además de indicar el procedimiento administrativo que habrá de seguirse, el anuncio debe mencionar la Administración competente que pretende adoptar la norma, así como los términos de la misma, o su esencia, o una descripción de las materias y cuestiones afectadas por el reglamento proyectado.
- Una vez que se haya producido ese anuncio, ha de darse la oportunidad de que cualquier persona interesada pueda hacer las alegaciones, orales o escritas (según disponga la agencia), que tenga por conveniente. Cualquier persona puede adquirir la condición de interesado por el mero hecho de participar en el proceso, sin que deba exigirse ningún otro requisito

[Cont.]

(b) Debe darse noticia genérica de la regla proyectada mediante publicación en el Registro Federal, salvo que las personas afectadas sean nombradas y notificadas personalmente o por cualquier otro medio tengan noticia real, de conformidad con la ley. El anuncio deberá incluir:

- (1) mención del plazo, lugar y naturaleza del procedimiento de elaboración normativa;
- (2) referencia a la autoridad legalmente competente para formular la propuesta y
- (3) *o bien* los términos, *o bien la sustancia o esencia de la regla propuesta* o una descripción de las materias y cuestiones afectadas.

Excepto en los casos en que la publicidad y la audiencia sean requeridos por ley, este apartado no es de aplicación:

(A) a reglas interpretativas, declaraciones generales sobre la política pública, o reglas de organización de la agencia, procedimiento interno o praxis; o

(B) si la agencia entiende justificadamente (e incorpora la conclusión y una breve motivación de las razones...) que el anuncio y el procedimiento público resultan en ese caso impracticables, innecesarios o contrarios al interés público.

(c) Tras realizar el anuncio exigido por este artículo, la agencia permitirá la participación de todos los interesados en el procedimiento de elaboración de la regla, lo que se realizará mediante la presentación de datos personales, escritos, opiniones, o argumentos, sean con o sin la oportunidad de una presentación oral. Después de ponderadas las cuestiones relevantes presentadas, la agencia incorporará a las normas aprobadas una breve declaración general de sus fundamentos y objetivos. Cuando la ley exija que las reglas que se están elaborando sean adoptadas sobre la base de lo obtenido en el expediente, después de una comparecencia ante la agencia, serán de aplicación los artículos 556 y 557 en vez de este apartado.

(d) La publicación o notificación de una regla sustantiva deberá realizarse en el plazo de no menos de 30 días antes de su entrada en vigor, salvo en los siguientes supuestos:

- (1) cuando la regla sustantiva conceda o reconozca una exención o levante una restricción;
- (2) cuando se trate de una regla interpretativa o de una declaración sobre la política pública; o
- (3) cuando así se establezca justificadamente, por la agencia. La justificación deberá ser publicada con la regla.

(e) Las agencias deberán conceder a los interesados el derecho de solicitar la notificación, la modificación o la revocación de una regla.

de legitimación. No se realiza test alguno para determinar si resulta “elegible” para participar. El tenor del precepto sugiere que basta con dar la ocasión para que pueda verter sus opiniones, de un modo análogo a como se realiza en las audiencias ante la Cámara legislativa, y no al modo propio del proceso judicial.

- En fin, una vez ponderadas las alegaciones realizadas por el público interesado respecto de la norma proyectada, la agencia ha de hacer una breve declaración general sobre sus fundamentos y objetivos. Dada la literalidad de la Ley, no hay razón para pensar que el Congreso aspirara a exigir más de lo que sugiere el propio texto, que está formulado en términos muy permisivos.

La proliferación de normas reglamentarias que se ha producido en la segunda mitad del siglo XX (complejas normas técnicas en materia de salud, seguridad, medio ambiente, etc.) ha contribuido a la transformación de este sencillo procedimiento en otro mucho más complejo⁴³. Muy probablemente, los redactores de la Ley de Procedimiento de 1946 se sorprenderían si comprobaran que el procedimiento de elaboración de reglamentos basado en el modelo del “anuncio y de las alegaciones” exige hoy nuevos y más estrictos requisitos:

- El anuncio de la regla proyectada ha de ir acompañado de numerosos y detallados datos. Ello significa que si la agencia decide modificar la norma propuesta a resultas de las alegaciones recibidas o por cualquier otro motivo, habrá de reabrir el procedimiento e iniciarlo con el anuncio del nuevo proyecto de reglamento para que pueda ser objeto de oportunas alegaciones. La jurisprudencia se muestra bastante rigurosa con este extremo.
- La agencia debe dar a conocer los datos en los que puede basar su decisión, de modo que también esa información pueda ser objeto de las alegaciones que sean pertinentes. Esta evolución podría entenderse como una consecuencia natural de lo dispuesto por la legislación norteamericana sobre Libertad de Información⁴⁴ que desde mediados de los años 60 ha ampliado significativamente los derechos de los ciudadanos a acceder a la información que obra en poder de las Administraciones públicas. Ello no es así, sin embargo, puesto que la Ley de Libertad de Información no ha pretendido modificar los requisitos procedimentales que el art. 553 ha establecido para la elaboración de reglamentos. De ahí que esta doctrina jurisprudencial, que ha supuesto de hecho una notable expansión de la exigencia de anuncio previo, resulte difícilmente coherente con lo que la Ley dispone respecto del “anuncio”.

⁴³ Vid. Peter L. Strauss, *Statutes that Are Not Static: The Case of the APA*, 14 J. Contemp. Leg. Issues 767 (2005); Peter L. Strauss, *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking*, 31 WAKE FOREST L. REV. 745 (1996).

⁴⁴ 5 U.S.C. § 552. Un buen texto sobre la Ley de Libertad Informativa es Patricia M. Wald, *The Freedom of Information Act: A Short case Study in the Perils of Legislating Democratic Values*, 33 Emory L.J. 649 (1984).

- Acaso como consecuencia de la misma tendencia, también se ha establecido el criterio de que la agencia ha de estar preparada para identificar el “expediente” completo que obre en su poder en relación con el procedimiento, lo que asimismo incluye de ordinario, porque constituye una disposición común a las agencias, referencias a las comunicaciones orales recibidas de modo informal, así como el archivo de las alegaciones realizadas.
- La “breve” memoria de los fundamentos y objetivos de la norma proyectada que sigue al trámite de alegaciones se ha transformado, al menos en lo que respecta a la elaboración de reglamentos de una cierta relevancia, en un denso escrito de decenas de páginas en el que se trata de explicar las razones generales que subyacen a la opción expresada en el proyecto de reglamento, y de proporcionar, en particular, una respuesta a las alegaciones. Los tribunales consideran insuficiente o inadecuado un informe o memoria que no aborde convincentemente los comentarios y alegaciones más relevantes. Ahora bien, como quiera que la condición de “comentarios o alegaciones más relevantes” sólo se deduce del contexto y una vez solicitada la revisión judicial a instancia de quienes denuncien que sus alegaciones no obtuvieron la debida atención, la agencia debe adelantarse a las quejas que sobre el tratamiento de las alegaciones puedan llegar a hacerse. Y ello contribuye a que las explicaciones sean muy extensas.
- Se puede solicitar de ordinario la revisión jurisdiccional desde el momento mismo en que se apruebe el reglamento, sin necesidad de esperar a su ejecución, lo que obviamente permite a quienes se vean directamente afectados solicitar la suspensión (cuando no la anulación) de la ejecución, al impugnar la norma ante los tribunales. Este control inmediato se puede dar en un elevado número de supuestos y presenta desde luego menos problemas que si hubiera de aguardarse a la aplicación del reglamento para oponerse entonces a su ejecución. Además, puede solicitarse en nombre y representación de personas o grupos por entender que no protege suficientemente sus intereses, argumento éste que podrá esgrimirse, sin embargo, cuando el reglamento haya entrado ya en su fase de aplicación.
- El control judicial de la validez de los reglamentos es considerablemente más elevado y riguroso que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Y ello tanto en lo tocante a la justificación fáctica que subyace a la norma, como en lo relativo a la racionalidad (y explicación) de los juicios o valoraciones que encierra. En 1946, fecha en la que se aprueba la Ley de Procedimiento, no habría podido hacerse tal distinción de planos. La actitud, en efecto, por parte de los tribunales en el enjuiciamiento, tanto de los reglamentos como de las leyes, era más bien permisiva o de poca profundidad. Ahora, sin embargo, se distingue con toda precisión entre ambas clases de control y se consideran dos trabajos completamente diferentes. El examen jurisdiccional de los reglamentos más relevantes se sintetiza con la expresión “hard look”, esto es, un examen profundo e incisivo.

Aunque el Tribunal Supremo parecía haber resuelto en 1978 que sólo podría exigirse el cumplimiento de aquellos requisitos procedimentales que el propio sistema legal del “anuncio y las alegaciones” hubiere realmente establecido⁴⁵, lo cierto es que la evolución jurisprudencial posterior a la que se acaba de hacer referencia ha sobrevivido hasta nuestros días. La Sentencia de 1978 se concibe como una barrera a la *judicialización* del procedimiento de elaboración de reglamentos, pero *no* impide la construcción que ha hecho la jurisprudencia para conseguir que los procedimientos sean más transparentes, y su control judicial más equilibrado y profundo que los originalmente previstos por el Congreso en 1946.

En las últimas décadas, nuevas leyes e iniciativas presidenciales (instrumentadas a través de las denominadas “órdenes ejecutivas⁴⁶”) han venido a añadir nuevos elementos y con ello una mayor complejidad en el procedimiento de elaboración de normas, cuando menos respecto de los reglamentos susceptibles de tener un significativo impacto en el ámbito económico o en otros terrenos:

- La legislación ha establecido un nuevo procedimiento de elaboración de normas que se basa en la búsqueda del consenso a través del debate con los interesados, y no sólo en la actividad de la estructura administrativa. Se trata de la denominada “elaboración negociada de reglamentos” (“negotiated rulemaking”), en realidad más aplaudida por la doctrina que utilizado por las agencias⁴⁷. Para que resulte funcional, no puede ser muy elevado el número de participantes y han de estar realmente dispuestos a alcanzar un compromiso.

- La Ley de Flexibilidad Regulatoria (*Regulatory Flexibility Act*), modificada por la legislación sobre las pequeñas empresas exige que se evalúe particularmente el impacto que los reglamentos tienen sobre las pequeñas empresas⁴⁸ y los ajustes o modulaciones que los requisitos generales puedan merecer, a fin de moderar los efectos económicos. Otro mecanismo adicional, establecido con el propósito de aumentar la transparencia de la acción del ejecutivo en el futuro inmediato,

⁴⁵ Vid. *Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Res. Def Council*, 435 U.S. 519, 545-46 (1978). Se participa al lector que el autor, a la sazón Letrado Jefe de la Comisión de Regulación Nuclear de los Estados Unidos, intervino en dicho asunto defendiendo la posición del Gobierno.

⁴⁶ La Orden Ejecutiva es un documento presidencial publicado en el Registro Federal y dirigido a agencias federales –en efecto, uno de los medios por el cual el Presidente ejerce su responsabilidad para que las leyes se apliquen correctamente. Constituyen mandatos imperativos para las agencias, en la medida en que comprenden la obligación de cumplirlas y permiten la racionalización de sus actos. Sin embargo, no constituyen normas que puedan ser alegadas ante los tribunales y suelen carecer de efecto directo. Es práctica habitual que dichas órdenes sean objeto de consultas, pero no existen disposiciones legales que regulen su aprobación. El único requisito es que contenga la firma del Presidente y que sea remitida a la Oficina de Publicaciones del Gobierno para su publicación. Las Órdenes Ejecutivas son numeradas consecutivamente, siendo en la actualidad cerca de 14.000.

⁴⁷ Philip J. Harre *Assesing the Assesors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking*, 9 N.Y.U. Envtl. L.J. 32,33 (“la elaboración negociada de disposiciones reglamentarias es un procedimiento por el que los representantes de los intereses que resultarían afectados por la medida propuesta, junto con la agencia competente para aprobar la medida, negocian en buena fe para alcanzar un acuerdo consensuado sobre la misma”).

⁴⁸ *Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act*. 5 U.S.C. §§ 801-808 (que enmiendan 5 U.S.C. §§ 601-612 (1980)).

consiste en la obligación de publicar semestralmente una “agenda regulatoria” (no muy distinta del plan de trabajo de la Comisión Europea), en la que se dará cuenta de las disposiciones reglamentarias que pretendan elaborarse y se identificarán las personas de contacto en las agencias para que los posibles interesados pueden remitir sus preocupaciones y sugerencias.

- Otras normas, como las que tienen por objeto principal controlar el fenómeno de la legislación federal que dispone actuaciones y objetivos que implican gastos para los Estados (sin subvención alguna por parte de la Federación), disponen que los reglamentos sean objeto de una especial atención y análisis, si prevén que la carga financiera recaiga en buena medida sobre los sujetos privados⁴⁹.
- La Ley de Libertad de Información Electrónica⁵⁰, entre otras, establece ciertos criterios sobre el uso y creación de webs en los procedimientos de elaboración de reglamentos. Aunque se trate de un trabajo en curso, con una limitada financiación y algunos problemas derivados de la rivalidad entre agencias⁵¹, el anuncio de la norma proyectada y las alegaciones se realizan cada vez más a través de Internet. La Agenda Regulatoria antes citada, así como todas las propuestas y anuncios de elaboración de disposiciones reglamentarias pueden consultarse en una página web única. Las alegaciones pueden presentarse por medios electrónicos (aunque no es obligatorio hacerlo así). Y todo el material relacionado con el procedimiento de elaboración de una norma –estudios previos, propuestas, alegaciones, etc.– resultan accesibles a través de una ventanilla única digital, un servicio federal de gestión de datos.
- La Ley para Reducción del Papel en el Trabajo (Paperwork Reduction Act) y sus modificaciones ulteriores⁵², al igual que la E-FOIA y otras normas, ha venido a reconocer la responsabilidad del Presidente para supervisar la actividad reglamentaria, a través de las funciones de control y coordinación que realiza la Oficina de Información y Análisis Normativo (ya referenciada como OINA), que forma parte de la Oficina Presidencial de Gestión del Presupuesto (referenciada como OPGP), en la Casa Blanca⁵³.

⁴⁹ Así, la *Unfunded Mandates Reform Act* de 1995, Pub. L. No. 104-4, 109 Stat. 48 (codificado en secciones dispersas de 2 U.S.C.)

⁵⁰ *Electronic Freedom of Information Act* (E-FOIA en sus siglas en inglés). 5. U.S.C. § 552.

⁵¹ *Achieving the Potential: The Future of Federal E-Rulemaking* (ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2008)

⁵² *Paperwork Reduction Act*, de 1980 Pub. L. No 96-1511, 94 Stat. 2812 (1980); Paperwork Reduction Reauthorization Act de 1986, Pub. L. No. 99-500, 100 Stat. 1783-335 (1986); Paperwork Reduction Act de 1995, 44 U.S.C. §§ 3501-3520.

⁵³ La OPGP es la organización administrativa más relevante a través de la cual el Presidente coordina las actividades del ejecutivo.

A título de ejemplo, todas las solicitudes presupuestarias del ejecutivo pasan por la OPGP. Esta oficina también supervisa todas las comunicaciones con el Congreso, como las declaraciones o alegaciones a las propuestas legislativas. Su personal, tradicionalmente compuesto por funcionarios permanentes aunque en este caso trabajan directamente con y para la Casa Blanca, controla asuntos de gestión desde la perspectiva del ejecutivo (la Oficina de Control Gubernativo, que es un órgano del Congreso, hace lo mismo, de forma independiente, desde la perspectiva del legislativo).

- Mediante una serie de órdenes ejecutivas y de directrices de la OPGP –la más reciente y relevante es la Orden Ejecutiva 12.866⁵⁴–, el Presidente ha añadido nuevos elementos de procedimiento, previos al periodo que *precede* a la publicación de un anuncio de propuesta de disposiciones reglamentarias al tiempo que ha hecho más complicado el trámite de anuncio y de alegaciones. Veámoslo más despacio:
 - (a) La Orden Ejecutiva, tal como ha sido modificada por el Presidente Bush en enero de 2007⁵⁵, e integrada en la agenda regulatoria prevista en la legislación sobre pequeñas empresas a la que antes se ha hecho referencia, obliga a desarrollar anualmente un plan regulatorio, sometido a la aprobación de la Oficina de Información y Análisis Normativo (OINA). Ello se lleva a cabo a través de la figura de la persona responsable de la política regulatoria, que es designada por el Presidente para cada agencia. Salvo que su evaluación fuera desautorizada expresamente por el director de la agencia, el procedimiento de elaboración del reglamento no puede continuar sin la aprobación de esa persona. Pero este proceso *no* es transparente. Es uno de los elementos que, en mi opinión, revela de forma evidente el creciente poder presidencial y político sobre la potestad reglamentaria de las agencias.
 - (b) Las opciones y objetivos que las agencias se marcan con los reglamentos se han visto igualmente controladas por la OPGP. Esta Oficina, en efecto, ha establecido criterios y guías cada vez más estrictos y detallados sobre materias como la evaluación del riesgo y el sistema de revisión por pares o “peer review⁵⁶”. Esas instrucciones y los análisis realizados por la Agencia tienen carácter de documento público. Es cierto que, en la medida en que proporcionan elementos para el debate, prolongan el procedimiento de elaboración de los reglamentos, pero no lo es menos que la transparencia que aportan constituye un beneficio para la política pública en cuestión.
- Una vez fijado el objetivo que pretende alcanzarse con el reglamento, las agencias son responsables de evaluar y analizar el potencial impacto que pueda generar el proyecto, desde diversas perspectivas. La legislación, por su parte, exige una evaluación de impacto medioambiental⁵⁷ y sobre las pequeñas empresas⁵⁸. Las órdenes ejecutivas del Presidente han dispuesto

⁵⁴ Orden Ejecutiva num. 12.866, 58 Reg. Fed. 51,735 (30 de septiembre de 1993), modificada por Orden Ejecutiva núm. 13.258, 67, reg. Fed. 9,385 (26 de febrero de 2002) y Orden Ejecutiva núm. 13.422, 72 Reg. Fed. 2,703 (18 de enero de 2007).

⁵⁵ Orden Ejecutiva no. 13.422, 72, Reg. Fed. 2,703 (18 de enero de 2007).

⁵⁶ OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET, PROPOSED RISK ASSESSMENT BULLETIN (2006) en http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg/proposed_risk_assessment_bulletin_010906.pdf; OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET, FINAL INFORMATION QUALITY BULLETIN FOR PEER REVIEW (2004) http://www.whitehouse.gov/omb/inforef/peer2004/peer_bulletin.pdf.

⁵⁷ National Environmental Policy Act de 1969 § 102, 42 U.S.C. §§ 4332.

⁵⁸ Small Business Enforcement Fairness Act, 5 U.S.C. §§ 801-808 (que modifica la Regulatory Flexibility Act, 5 U.S.C. §§ 601-612 (1980)).

la valoración de los efectos o impacto, por ejemplo, sobre los valores de la familia⁵⁹, los valores de la federación⁶⁰ y la economía nacional. Este último análisis de impacto está regulado directamente por la Orden Ejecutiva 12.866 con especial énfasis. El rigor de la supervisión de la OINA al amparo de la Orden Ejecutiva 12.866 varía considerablemente en función del grado de impacto previsto:

- (a) En síntesis, las disposiciones reglamentarias se clasifican en tres categorías: menores, relevantes y principales. Esta última se define como toda disposición susceptible de imponer un coste anual para la economía de cien millones de dólares o, alternativamente, que posea una excepcional importancia para la nación. Entre las miles de disposiciones anuales, solo unos pocos centenares encajan en esta descripción. Para ellas, los requisitos del análisis de la OINA son estrictos e intensos. El resultado que en la práctica se deriva de esta clasificación es la diversificación del procedimiento de elaboración de reglamentos basado en el anuncio y en las alegaciones, en virtud de la relevancia que posea la iniciativa. Ello parece, en suma, una consecuencia natural y hasta bienvenida de la creciente importancia del proceso de elaboración de disposiciones reglamentarias.
- (b) Para los reglamentos más relevantes o significativos, la Orden Ejecutiva dispone expresamente que deben cumplirse un conjunto de requisitos que se deducen de la doctrina jurisprudencial de las últimas décadas y que no se especifican claramente en las normas legales:
 - el anuncio de la propuesta de elaboración de la disposición reglamentaria debe incluir un borrador de texto;
 - deben preverse sesenta días para alegaciones;
 - la información en la que se base la agencia ha de estar a disposición del público para que puedan formular alegaciones;
 - es necesaria una explicación relativamente elaborada de la razón de ser y las líneas fundamentales de lo que se propone la agencia (requisito que se deriva la Orden Ejecutiva 12.866).
- (c) También respecto de la misma categoría de reglamentos relevantes o significativos, y de conformidad con las directrices detalladas que proporciona la OINA⁶¹, el borrador o proyecto de evaluación económica de la norma proyectada ha de ser discutido y autorizado por la referida Oficina (OINA). (La agencia debe informar igualmente de

⁵⁹ Orden Ejecutiva núm. 12.606, 52 Reg. Fed. 34.188 (2 de septiembre de 1987) derogada por Orden Ejecutiva núm. 13.045,62 Reg. Fed. 19.885 (21 de abril de 1997).

⁶⁰ Orden Ejecutiva num. 13.132, 64 Reg. Fed. 43.255 (4 de agosto de 1999).

⁶¹ OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET, CIRCULAR A-4, REGULATORY ANALYSIS (2003) <http://www.whitehouse.gov/omb/circulars/a004/a-4.pdf>.

modo sucinto a la OIRA si concluye que la norma prevista no requiere ese informe de evaluación de impacto económico, aunque la OINA tiene la última palabra, y puede discrepar de tal conclusión y exigir que se lleve a cabo). El borrador de evaluación tiene carácter de documento público y se incluye en el expediente del procedimiento de elaboración, junto con algunos elementos de las comunicaciones que haya mantenido la agencia con la OINA. No es un procedimiento absolutamente transparente, pero resulta sin duda más transparente que otras muchas relaciones de la Casa Blanca con las agencias. La transparencia (junto con la profesionalidad del personal de la OINA y de la muy sólida cualificación intelectual de su jefatura, cuya confirmación en el puesto se somete al Senado) es parte del precio político que la Casa Blanca entendió que debía pagar por lograr la aceptación por el Congreso de la oficina y de sus procedimientos.

- (d) Una vez que la medida regulatoria se ha anunciado y se han presentado las alegaciones, la agencia debe elaborar un informe final que requiere el visto bueno de la OINA con carácter previo a la adopción de la disposición reglamentaria en cuestión. Este informe tiene igualmente carácter de documento público y se integra en el expediente del procedimiento de elaboración de la norma. Este procedimiento ha dado pie a casos de evidente interferencia política cuando la OINA ha insistido en cambios en el contenido regulatorio en aspectos cuya valoración era competencia de las agencias, no del Presidente⁶² o, simplemente, cuando se ha negado durante meses, incluso años, a dar el visto bueno a un reglamento cuya forma definitiva ya estaba lista para ser publicada por la agencia⁶³.

⁶² Vid. David C. Vladeck *Unreasonable Delay, Unreasonable Intervention: The Battle to Force Regulation of Ethylene Oxide*, en Peter L. Strauss, ADMINISTRATIVE LAW STORIES (Foundation Press 2006) (que trataba sobre el retraso de OSHA para fijar los estándares de etileno óxido, bajo la dirección de la OINA); Gen. Accounting Office, Rulemaking: OMB's Role in Reviews of Agencies' Draft Rules and the Transparency of those Reviews, GAO-03-929 en 9, <http://www.gao.gov/new.items/d03929.pdf> (OINA ha tenido alguna influencia en, al menos, un tercio de las propuesta normativas que revisa y, por recomendación de OINA, la EPA retiró el manganeso de la lista de residuos peligrosos); *Waxman Threatens to Cite Johnson With Contempt Over Documents*, Inside the EPA, 10 de Junio de 2008 WLNR 11540109 (el Administrador de la EPA, Stephen Johnson, se oponía a revelar documentos relacionados con el estándar de Ozono fijado por la EPA: "la investigación de Waxman tiene por objetivo atraer la atención pública en la controvertida elaboración de disposiciones administrativas sobre el ozono, que el propio Presidente Bush ordenó personalmente modificar horas antes de que se diera a conocer"). Carta de Patrick Leahy, Presidente de la Comisión del Senado sobre la Judicatura, dirigida a William A. Roderick, Inspector General Adjunto, U.S. Env't Prot. Agency (25 de julio de 2008) accesible en <http://leahy.senate.gov/issues/Judiciary/072508LeahyToEPAIG.pdf>. (en la que se solicita a Roderick que investigue "si la decisión de la EPA respecto a la excepción de la Ley de Aire Limpio se llevó a cabo de conformidad con las conclusiones técnicas y legales de su propio personal o si, por el contrario, la Casa Blanca interfirió inapropiadamente en la toma de decisiones competencia de la EPA").

⁶³ Carta de Henry A. Waxman, Presidente de la Comisión de la Cámara de representantes de Supervisión y Reforma Gubernativa a Susan A. Dudley, Administradora de la Oficina de Información y [Cont.]

- De conformidad con la Ley de Control del Congreso (Congressional Review Act), Ley aprobada durante la Administración *Clinton* –poco después de que el partido republicano lograra el control de ambas Cámaras por primera vez en varias décadas–, el Congreso dispone de un breve período de tiempo para examinar el reglamento aprobado por la agencia y decidir si lo desaprueba o no. El reglamento, por tanto, no puede entrar en vigor hasta que se haya superado ese trámite. Esta fórmula se estableció exclusivamente para los reglamentos principales⁶⁴. Ahora bien, para que pueda rechazarse el reglamento, la resolución que adopte el Congreso ha de satisfacer los mismos requisitos de procedimiento que para aprobar una ley: la resolución tiene que ser aprobada por ambas Cámaras con un contenido idéntico y ser firmada por el Presidente. En realidad, sólo se ha producido este rechazo en una ocasión, y en unas circunstancias políticas especiales: durante el período de transición de la Administración *Clinton* a la de *Bush*, cuando el Presidente que firmó la resolución de rechazo era distinto del que ocupaba el cargo cuando la norma rechazada se adoptó. Es poco probable que ello pueda producirse en otros escenarios.

De este extenso resumen de las modificaciones que ha sufrido el sencillo modelo de anuncio y de alegaciones en la elaboración de disposiciones administrativas que nos ofrecía el artículo 553 es posible deducir algunas cuestiones a las que se enfrenta en la actualidad este procedimiento administrativo.

En el plano jurisdiccional, algunos Magistrados del Tribunal Supremo (aun cuando no conformen aún una mayoría) y algunos autores de la doctrina han expresado sus dudas acerca del acierto de la jurisprudencia de las pasadas décadas, en la que se admitía una tutela judicial *en favor de los que promovían* el reglamento comparable a la que disfrutaban los que se veían directamente afectados por la norma en cuestión. Esa jurisprudencia reconoce la tutela cautelar y una legitimación muy amplia y permisiva, y se ha mostrado siempre dispuesta a realizar un control abstracto de la norma, esto es, a considerar la cuestión ya “*madura*”, por utilizar el término procesal norteamericano. Se ha asociado el creciente anquilosamiento (de “osificación” habla la doctrina) que padece el procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos a este intenso y temprano control judicial. La excesiva complejidad del procedimiento y su larga duración; el elevado coste económico de su tramitación; y la enorme longitud de la memoria relativa al fundamento y propósitos de la norma (en teoría, según la Ley, breve y genérica)

[Cont.]

Asuntos Regulatorios (30 de abril de 2008) <http://oversight.house.gov/documents.20080430103958.pdf> (“durante más de un año, la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios ha impedido que el Servicio Nacional de Pesquerías dictara una disposición para proteger a las ballenas de morir como consecuencia de colisiones con buques. De conformidad con la documentación obtenida por la Comisión, el retraso en la aprobación de la regulación tiene su causa en objeciones infundadas de altos cargos de la Casa Blanca”).

⁶⁴ 5 U.S.C. §801; *Cfr.* Daniel Cohen & Peter L. Strauss, *Congressional Review of Agency Regulations*, 49 Administrative L. Review. 95 (1997).

obedecerían a ese fenómeno. No faltan tampoco quienes consideran que ese anquilosamiento explica la huida del procedimiento de elaboración de reglamentos, en la búsqueda de medios y procedimientos menos formales para llevar adelante las políticas públicas proyectadas (por ejemplo, el recurso a guías y otras modalidades de “soft law”).

Los argumentos de réplica frente a esas críticas son numerosos. Así, se dice, que el anquilosamiento refleja la importancia del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias; que esas dificultades de ordinario se limitan (o, por mejor decir, debieran limitarse) a los reglamentos de mayor trascendencia e impacto en la opinión pública; que la “osificación” obedece no sólo a las exigencias derivadas de la jurisprudencia, sino, al menos en igual medida, a la excesiva carga de regulación que el ejecutivo ha establecido para la supervisión y control de los reglamentos emanados por las agencias, como la que luce en la Orden Ejecutiva 12.866, cuya corrección, por cierto, nadie cuestiona, pues goza de una opinión favorable; que procedimientos administrativos tan meticulosos y complejos constituyen una evidente garantía para la producción de unas normas que van a tener un importante impacto en la economía o sobre determinados sectores industriales; y que un control judicial bifronte, que *sólo* se hace posible mediante la tutela cautelar y una generosa legitimación para recurrir, presenta muchas más ventajas que inconvenientes. Por otra parte, si se tiene en cuenta que la memoria con los motivos y los fines del reglamento habrá de ser objeto de un concienzudo examen en relación con la información y opiniones que obran en el expediente de elaboración, tal como destacara un antiguo miembro de la Agencia federal de Medio Ambiente (EPA), se verá fortalecida la opción en favor de un modelo de elaboración de las decisiones basado en el razonamiento (esto es, en un acto de juicio), frente al modelo que prefiere el acto de voluntad⁶⁵. Saber que un reglamento puede ser impugnado tanto por hacer demasiado poco (por proteger el interés general), como por hacer demasiado (e interferir excesivamente en la esfera privada) constituye un buen antídoto frente a los riesgos de falta de perspectiva que genera el contacto diario con el sector o ámbito regulado⁶⁶.

En el plano legislativo, el mayor reto consistiría en volver a racionalizar el procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos para consolidar –y al mismo tiempo, esperemos, simplificar– los avances alcanzados. Los procedimientos administrativos de producción normativa y la intensidad del control judicial deberían modularse en función de la relevancia que posea el reglamento en cuestión.

⁶⁵ William F Pedersen, Jr., *Formal Records and Informal Rulemaking*, 85 Yale L.J. 38, 59 (1975).

⁶⁶ Ese trato diario se asemeja al impacto de una metrallera, para retomar la expresión de James Landis: Personal de la Subcomisión en Prácticas Administrativas y Procedimientos en la Comisión de Judicatura del Senado, 86º Congreso, Informe sobre Agencias Reguladoras al Presidente Electo, 71 (1960) (escrito por James M. Landis) (“El impacto diario como-ráfagas-de-ametralladora de la representación de la industria tanto sobre la agencia como sobre sus funcionarios supone la orientación de la industria por parte de muchos miembros honestos y capaces de las agencias, así como de su personal”).

El procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos no es equiparable al procedimiento legislativo. Por ello, el primero adolece de un “déficit democrático”. Déficit que *no* se colma por muchas que sean las atenciones que preste un Presidente elegido democráticamente cuando actúa a puerta cerrada y quizá en representación de intereses no expresados o conocidos. Antes bien, en las contundentes palabras del Juez Harold Leventhal, este déficit se debe compensar mediante un nivel de transparencia en la fase de formación de la norma y un control judicial considerablemente más intensos que al que se ven sometidas las leyes formales⁶⁷.

La elevada y aburrida variedad de requisitos que actualmente rige el procedimiento administrativo de elaboración de normas debiera simplificarse y reducirse. Y ello vale también para aquellos elementos del procedimiento que poseen una indudable relevancia⁶⁸. La expresión “evaluación de impacto” ha estado con nosotros desde la década de los setenta del pasado siglo, cuando la legislación dispuso por vez primera la “evaluación de impacto ambiental”. Ahora, además de dicha evaluación, y de la evaluación de impacto económico prevista en la Orden Ejecutiva 12.866, se han añadido los informes de impacto sobre federalismo, de evaluación de riesgo, y de flexibilidad regulatoria, por nombrar sólo los más importantes. Algunas de estas evaluaciones –especialmente, las de impacto económico– se presentan como si fueran un análisis neutral, pero ello no es más que una quimera⁶⁹. Importa que las agencias tengan una mayor elevación de miras, y sean capaces de proyectarse más allá de su radio de acción. Y, en ese sentido, un cuidadoso análisis prospectivo puede representar una valiosa ayuda. Pero la intensidad del análisis habrá de variar en función de la importancia de la misión. Debe garantizarse la completa transparencia y unos adecuados recursos (económicos y de gestión) para su aplicación y supervisión. De otra parte, han de evitarse la falta de rigor; los acuerdos institucionales que impliquen la primacía de la voluntad política sobre los juicios técnicos y objetivos; y una mezcla de análisis de “impacto” pobremente articulada.

Ha de prestarse una especial atención a la evolución del gobierno o Administración electrónicos. El paso de la documentación en papel a Internet en lo que respecta al procedimiento de elaboración de normas y disposiciones promete generar mayor transparencia y accesibilidad. Ahora bien, han de garantizarse unas prácticas uniformes, un sistema de archivo común o universal de documentos, una búsqueda sencilla y una gestión eficaz. Se trata de un mundo emergente y en desarrollo, que aún requiere de la financiación suficiente y de la necesaria dedicación para asegurar una gestión efectiva y la consecución de los objetivos que se pretenden.

El almacenamiento y el fácil acceso a toda la documentación relevante por medio de Internet podría transformar el procedimiento administrativo de elaboración de normas en alguna de las dos direcciones o coordenadas que lo enmarcan,

⁶⁷ Ethyl Corp. v. EPA, 542 F.2d 1, 68 (D.C. Cir. 1976) (Leventhal, J., en acuerdo).

⁶⁸ Mark Seidenfeld, *A table of Requirements for federal Administrative Rulemaking*, 27 FLA. St.U.L. Rev. 533, 536 (2000).

⁶⁹ Sidney A. Shapiro & Christopher H. Schroeder, *Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation*, 31 Harv. Environmental Law Review (en prensa, 2008).

o en ambas a la vez, esto es, en la dimensión política y en la judicial. Desde la perspectiva política, es posible, por ejemplo, organizar una campaña de correo electrónico en el seno de un procedimiento para convertirlo en una suerte de plebiscito, sujeto desde luego a todas las distorsiones que pueden generarse cuando se utiliza Internet de ese modo, como pueden hacer los activistas. Ante esos escenarios, los tribunales podrían verse tentados a imponer una concepción más contradictoria y bilateral del procedimiento administrativo, esto es, más próxima al modelo judicial. La agencia puede recibir las alegaciones en papel de modo simultáneo y paralelo, en cuyo caso resulta difícil el acceso a toda la información, su lectura y clasificación. O bien, por el contrario, tener todas las alegaciones archivadas disponibles en Internet, lo cual multiplicará las posibilidades de que los participantes soliciten la oportunidad para responder, extremo éste que la legislación actual, basada en el papel, no contempla. Los tribunales podrían consolidar esta última tendencia o hipótesis en pro de un procedimiento administrativo más asimilado al proceso judicial (bilateral y contradictorio), puesto que tienen internalizada una clara preferencia en favor del modelo procesal. Aunque, a juicio de quien suscribe, se trate de una evolución indeseable, lo cierto es que resulta bastante probable.

Algunos de estos problemas podrían resolverse mejor si se dispensara un tratamiento más completo del procedimiento, esto es, si se integra y contempla como un elemento relevante la fase del procedimiento previo al anuncio del proyecto normativo. Cuando la Comisión Europea elabora propuestas legislativas⁷⁰, se sirve, *en una fase muy inicial* de su formación, de un trámite que se asemeja al de alegaciones del procedimiento norteamericano, para, entre otras cosas, obtener la información básica, generar consenso, tomar la temperatura política en relación con el tema, etc. El enfoque europeo, que no se diferencia en mucho de la idea que subyace al procedimiento de “elaboración negociada de reglamentos” en EE. UU., tiene la ventaja de que la tramitación resulta mucho más flexible y, por tanto, induce a una mayor aceptación y al desarrollo de conocimientos técnicos de indudable valor. La agenda regulatoria y los planes sobre la regulación, que son el correlato de los planes de trabajo de las Direcciones Generales de la Comisión Europea, habrían de servirse de las nuevas tecnologías y de otros elementos del procedimiento de elaboración de normas de nuestro tiempo, y, en consecuencia, ser más transparentes en su gestión y menos permeables a las simples interferencias políticas.

Por lo que se refiere, en fin, a la etapa que se abre en un futuro próximo, con la nueva Presidencia, la cuestión más fundamental acaso consista en restaurar y volver a dibujar la línea divisoria que separa la mera “voluntad (política)” (expresión simplemente del deseo del poder político, sin más), de un lado, y el juicio o valoración, de base racional o técnica, de otro. En nuestra concepción, tal como se ha racionalizado nuestro sistema, la elaboración de los reglamentos corresponde a las agencias, y no al legislativo, en el entendimiento de que los reglamentos se elaboraban con

⁷⁰ Peter L. Strauss, *Rulemaking in the Ages of Globalisation and Information: What America Can Learn From Europe, and Vice Versa*, 12 Colum. J. Eur. L. 645 (2006).

transparencia, de acuerdo con los estándares legislativos establecidos, y con el atento escrutinio judicial en punto al control de la razonabilidad de la norma. Sin embargo, nuestra cultura del Estado de Derecho parece verse amenazada a consecuencia de una sucesión de fenómenos o acontecimientos, como las conversaciones encubiertas y no transparentes que las agencias mantienen con la Casa Blanca; la injerencia o introducción de personas que actúan como agentes presidenciales en el seno de las agencias, con la finalidad de controlar abiertamente el aparato administrativo y, más en concreto, el procedimiento administrativo de elaboración de normas (sin autorización del legislador, por cierto); la frecuente sumisión de la ciencia a la política⁷¹; y la insistencia presidencial en decidir cuestiones que el Congreso pone bajo la decisión técnica de las agencias especializadas. Si el nuevo Presidente pudiera hallar una vía para volver a definir el control y la supervisión como una función administrativa y no política, podría contrarrestarse esta reciente evolución.

No se cuestionan, por ejemplo, los análisis y evaluaciones de impacto, con toda la aportación que suponen a la mejora de la planificación de las políticas regulatorias, ni su preocupación por cómo regular mejor. El problema radica en que su permeabilidad a la influencia política debiera reducirse de algún modo.

Puede ser ilustrativo de cuanto ha quedado dicho (y de las diferentes concepciones y temores en liza), el ejemplo de la persona encargada de la “política regulatoria”, cargo éste instituido en la Orden Ejecutiva 12.866 del Presidente Bush en 2007. Como ya notábamos, mediante esa Orden el Presidente le atribuyó a estas personas la función de controlar las actividades de producción normativa de las agencias, al servicio directo de la Casa Blanca. De este modo, se ha debilitado de modo evidente la relación de estos cargos con sus superiores en el seno de cada agencia, y se ha fortalecido paralelamente el control jerárquico del Presidente sobre ellos. Por su parte, la Casa Blanca ha insistido en que se trataba de una modificación menor que redundaría en una gestión más efectiva, y que no alteraba el equilibrio político entre el aparato administrativo de las agencias y los políticos del ejecutivo. Otros (entre los que se halla el autor) han visto en esta modificación una nueva manifestación de la teoría en favor de un fuerte “Presidente unitario”, con los riesgos que ello entraña para el lugar que ocupa el Derecho en la regulación. La Cámara de Representantes ha rechazado hasta ahora en dos ocasiones la concesión de fondos para financiar las actividades del personal responsable de la política regulatoria, por entender que, aparentemente, constituyen una forma opaca de introducir en el funcionamiento de las agencias juicios políticos procedentes de la Casa Blanca, con grave distorsión de los juicios técnicos de los expertos de la Administración. El primero de estos intentos legislativos fracasó cuando un comité del Senado retiró el texto legal propuesto sin dar explicaciones, ni dar lugar a debate público. La actuación del Senado fue precedida de una campaña de grupos

⁷¹ THOMAS O. MCGARITY & WENDY E. WAGNER, *BENDING SCIENCE: HOW SPECIAL INTERESTS CORRUPT PUBLIC HEALTH RESEARCH* (2008).

de presión en defensa de intereses industriales; un alto cargo de la Casa Blanca también argumentó ante el Senado que dicha actuación impediría que el Presidente pudiera ejercitar su competencia constitucional de control sobre un “ejecutivo unitario”. Por supuesto, lo que la Constitución establece es que no podrá gastarse dinero público sin que el Congreso apruebe la correspondiente partida y quienes redactaron la Constitución entendieron a la perfección que el poder sobre los fondos públicos fue el medio a través del cual el Parlamento Británico había conseguido controlar al jefe del ejecutivo en el país tendencialmente inclinado a investirse de poder absoluto. El razonamiento del representante de la Casa Blanca, pues, era inconsistente⁷².

III. DIRECTRICES Y OTRAS FORMAS DE “DERECHO BLANDO” (“SOFT LAW”)

El Derecho indicativo o “Derecho blando” (“soft law”) constituye un fenómeno común y conocido en cualquier cultura jurídica evolucionada. Las leyes y los reglamentos dejan, inevitablemente, espacio a la interpretación y a la discrecionalidad. Ello es especialmente así cuando, como sucede hoy en los Estados Unidos, se considera preferible que las obligaciones legales de los sectores regulados se expresen en términos generales mediante el establecimiento de estándares (objetivos a conseguir) en lugar de recurrir a definiciones precisas y meticulosas de conductas de obligado cumplimiento (modelo de “orden y mando”)*. El uso de directrices en lugar de normas vinculantes deja espacio para que el destinatario encuentre los medios más eficaces para conseguir lo que la ley demanda y espera. Dejando al margen las consideraciones morales, este es el planteamiento más coherente igualmente con la libertad humana.

Un fabricante puede preferir que se le indiquen por ley cuáles son los niveles de control de contaminación que ha de alcanzar, en lugar de que se le diga cuál es la maquinaria exacta que debe utilizar a tal propósito, aun cuando quepa esperar, desde luego, que valore en mucho las directrices, guías o recomendaciones que sobre ese y otros temas pueda ofrecer la Administración, de modo que se sirva de la experiencia acumulada sobre los medios para alcanzar los niveles que la ley haya establecido. Esas directrices, guías o recomendaciones -no vinculantes- no impiden la libre iniciativa de sus destinatarios para encontrar mejores soluciones y medidas, pero al menos aquellos que carecen de recursos para hacer una verdadera investigación encontrarán en ellas una valiosa ayuda que les garantiza cómo cumplir con los objetivos que la ley haya marcado. En mi experiencia personal*, en la Comisión de Regulación Nuclear, un departamento de la Agencia se dedicaba por

⁷² Más recientemente, se ha planteado un nuevo debate sobre este extremo: “*House Panel Trying again to Block Spending on Bush-Appointed Regulatory Policy Officers*” BNA Daily Report for Executives, 1 de julio de 2008, p. A-17.

* *Vid.* la introducción de la presente obra colectiva.

* Consejero General de la Nuclear Regulatory Commission.

entero a elaborar esa clase de directrices, guías o recomendaciones sobre materias relacionadas con la seguridad nuclear, para un mejor cumplimiento de los estándares y criterios establecidos en los reglamentos. La Comisión misma aprobaba los reglamentos y, en cambio, esos instrumentos de Derecho blando eran elaborados de un modo informal por el equipo administrativo, con frecuencia después de haber mantenido arduas conversaciones con los propios afectados, tan sólo con una supervisión muy genérica de los Comisionados (o vocales de la Comisión). El volumen de documentos de “soft law” era inmensamente superior al de los reglamentos. Y esa misma relación entre Derecho blando y Derecho duro la encontramos desde luego con los demás reguladores de temas relacionados con la protección del medio ambiente, la seguridad y la salud: la Administración Federal de Aviación (*Federal Aviation Administration*); la Administración de Productos Alimentarios y Medicamentos (*Food & Drug Administration*); etc. En estos y otros casos se intenta regular mediante el establecimiento de criterios a alcanzar, antes que con una regulación detallada de la conducta que ha de llevarse.

El Derecho blando, en su forma de instrucciones o guías para el personal al servicio de la Administración (staff), supone al mismo tiempo una garantía de cuál va a ser la acción de la agencia; proporciona, por ello, una cierta estabilidad y previsibilidad de las decisiones y actividades que va a realizar, lo que beneficia tanto a los afectados como a los órganos directivos de las agencias. Si una agencia depende de sus inspectores para cumplir con su cometido sobre el terreno, tanto la dirección de la agencia como los propietarios de las instalaciones inspeccionadas, valorarán positivamente la existencia de instrucciones que indiquen a los inspectores cómo deben cumplir con sus funciones. Los “Manuales del personal” y otros documentos similares tienen carácter público. Aunque no resulten obligatorios ni invocables ante los tribunales frente al personal de la Administración, proporcionan un marco sólido para las expectativas que los ciudadanos puedan tener sobre la conducta de la Administración, para organizar y disciplinar la gestión, y para corregir actuaciones desviadas por mecanismos extrajudiciales.

El “soft law” resulta igualmente útil para ofrecer el necesario asesoramiento a los afectados por la regulación.

Por ejemplo, a los ciudadanos les interesa saber cuál es el tratamiento que una mercancía puede tener en la aduana; o si ciertas actividades han de considerarse como tiempo de trabajo según la normativa laboral; o cuál será el régimen fiscal de determinadas transacciones; o cómo interpretar ciertas normas sobre el uso de “airbag”, dictadas por la agencia correspondiente (en este caso, por la Administración Nacional de Seguridad en el Transporte por Carretera).

Si el asesoramiento y el consiguiente aprendizaje resultan de fácil acceso al público, se podrá influir en la conducta y actividades de los ciudadanos. Y en la sociedad de la información ese asesoramiento está a disposición de todos. En ese sentido, se incentiva, cuando no se exige, que el personal al servicio de la Administración actualice la información y haga su búsqueda sencilla. Y ello constituye la mejor de las soluciones, tanto para incrementar la transparencia, como para evitar el favoritismo o incluso la corrupción. La práctica de estos instrumentos de

Derecho blando fomenta la regularidad, previsibilidad y estabilidad, como se ha notado. Pero sería excesivo convertir el asesoramiento en una suerte de precedente vinculante para el futuro, puesto que ello provocaría, entre otras consecuencias, que el personal al servicio de la Administración se mostrase reacio a asesorar o recomendar determinadas actuaciones, a no ser que mediara un complejo y elaborado procedimiento que así lo autorizara.

Todo esto ha sido así durante muchos años. Sin embargo, y como consecuencia de la trayectoria que ha seguido el procedimiento administrativo de elaboración de normas, basado en el modelo del anuncio y las alegaciones, la complejidad alcanzada ha determinado la emergencia de otro elemento en el cuadro: el recurso de las agencias al Derecho blando o “soft law” para conseguir lo que se supone que habría de ser alcanzado mediante la aprobación de reglamentos. En otras palabras: en la medida en que el procedimiento administrativo de elaboración se ha “encarecido”, parece que las agencias intentan atender sus fines a un menor coste, en la medida de lo posible⁷³. En otro lugar, me he ocupado con mayor detenimiento acerca de la necesidad de encontrar un equilibrio entre los valores que aporta el “soft law” en beneficio del sistema, de un lado, y los abusos o desviaciones en que puede caer, de otro⁷⁴. Baste ahora destacar algunas fórmulas que han servido para contrastar los reglamentos y el Derecho blando, en la evolución jurídica más reciente:

- a) Cuando una agencia aprueba un reglamento que, de algún modo, expresa una concepción determinada de su propia ley constitutiva, el control judicial de ésta sigue un régimen que ha venido en llamarse “Chevron”, por el nombre del famoso caso que dio lugar a esa doctrina jurisprudencial, y que se resuelve en un examen en dos pasos o fases⁷⁵. En un primer momento el tribunal determina, de forma independiente (aunque con las herramientas y reglas interpretativas de las leyes, lo que puede incluir naturalmente cierto respeto por la manera en que el personal de la agencia ha entendido el asunto), si el sentido atribuido por la agencia resulta *posible*, esto es, si ese significado tiene apoyo en el lenguaje. Podría decirse que aquí los tribunales actúan como si tuvieran capacidad decisoria sobre la materia en cuestión. Ahora bien, una vez que han concluido que ese significado es posible, se convierten no en órgano decisor, sino en supervisor o controlador. La cuestión en la segunda fase, en efecto, consiste en indagar si ese particular sentido que la agencia ha derivado de la ley es razonable,

⁷³ La Administración de Productos Alimentarios y Medicamentos (FDA, en sus siglas en inglés) de hecho, redujo el número de normas reglamentaras en un 50 % en el periodo comprendido desde principios de los ochenta a mediados de los noventa. En el mismo periodo, hubo un significativo incremento de directrices. En los noventa, la FDA produjo cuatro veces más directrices al año que en la década anterior. *Vid.* Todd. D. Rakoff, *The Choice Between Formal and Informal Modes of Administrative Regulation*, 52 Admin. L. Rev. 159, 167-68 (2000).

⁷⁴ Peter L. Strauss, *Publication Rules in the Rulemaking Spectrum: Assuring Proper Respect For An Essential Element*, 53 Admin.L.Rev. 803 (2001).

⁷⁵ *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defence Council*, 467 U.S. 837 (1984).

en el bien entendido de que el Congreso le ha atribuido a la agencia esa misión. Los tribunales son responsables de controlar la acción administrativa desde la perspectiva de su razonabilidad, pero también han de respetar al mismo tiempo el poder, de carácter primario, que el Congreso ha querido asignarle a las agencias⁷⁶.

Supongamos ahora que la agencia alcanza esa interpretación, no a través de un reglamento como en el caso anterior, sino por medio de alguna forma de “soft law”. La agencia no estaría ya ejerciendo una potestad delegada para “crear normas” o “hacer Derecho”, ni siguiendo unos procedimientos públicos bien definidos. En un caso posterior al de “Chevron”, “United States contra Mead Corp⁷⁷”, el Tribunal Supremo resolvió que el análisis de “Chevron” se circunscribe a los supuestos en que pueda considerarse que la agencia pretende crear Derecho a través de los medios que el Congreso ha establecido a tal propósito. En el contexto del “soft law” (el caso *Mead*, por su parte, trataba de un asesoramiento relativamente informal sobre el régimen aduanero de determinados productos), la opinión de la agencia pudo no ser más que un elemento entre otros en la escala que maneja el juez, y el peso de esa opinión depender de un conjunto de factores para que resulte convincente⁷⁸. Este contraste entre ambas doctrinas parece razonable y fácil de comprender, pero cualquier lector de la jurisprudencia americana quedaría asombrado al descubrir hasta qué punto *Chevron*, *Mead* y otros casos posteriores siguen siendo motivo de un muy complejo debate⁷⁹.

- b) Piénsese ahora en el siguiente supuesto: que el Derecho blando tenga por objeto una interpretación de la agencia, pero no referida a la ley, como en el caso anterior, sino a los propios reglamentos, un escenario éste que, como ya anticipábamos en la introducción de este epígrafe, resulta tan inevitable como deseable. De acuerdo con una dilatada jurisprudencia esas interpretaciones gozan de una fuerza extraordinaria, y habrán de aceptarse salvo que se demuestre su irracionalidad, fuera ya de las posibilidades

⁷⁶ Peter L. Strauss *Overseers or “The Deciders”: The Courts in Administrative Law* 75 U. Chi. L. Rev. 815 (2008).

⁷⁷ 533 U.S. 218 (2001).

⁷⁸ *Skidmore v. Swift & Co.* 323, U.S. 134, 140 (1994) (“el peso de la valoración realizada por la agencia en un caso particular dependerá de la minuciosidad contrastada con la que se ha procedido, en la validez del razonamiento empleado, la coherencia con resoluciones anteriores y posteriores, y todos aquellos factores que le permiten gozar de influencia en aquellos ámbitos en los que carecen del poder de control”).

⁷⁹ *Vid.*, por ejemplo, Jerry L. Mashaw, *GREED, CHAOS AND GOVERNANCE* (Yale. Univ. Press 1999) Cynthia R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 Colum. L. Rev. 452 (1989); Jonathan T. Molot, *The Judicial Perspective in the Administrative State: Reconciling Modern Doctrines of Deference With The Judiciary's Structural Role*, 53 Stan. L. Rev. 1 (2000); Cass. R. Sunstein *Law and Administration after Chevron*, 90 Colum. L. Rev. 2071 (1990); Peter L. Strauss, *One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, 87 Colum. L. Rev. 1093 (1987); Peter L. Strauss, *Overseers or “The Deciders”: The Courts in Administrative Law*, 75 U. Chi. L. Rev. 815 (2008).

que permite el lenguaje legal o motivos análogos⁸⁰. Si se piensa que la agencia es la sede de la responsabilidad y del conocimiento especializado, tiene pleno sentido. Ahora bien, si se mira más atentamente, ese planteamiento genera un efecto perverso en las agencias, un incentivo de carácter negativo. Cuando el Congreso legisla, delegando competencias en favor de una agencia, sabe que se está desprendiendo de un considerable poder para el futuro en relación con la materia objeto de la ley, lo que le sirve de acicate para legislar del modo más completo y preciso posible. Pero cuando una agencia adopta una disposición reglamentaria que más tarde habrá también de interpretar, es bien consciente de que no se está desprendiendo de dicho poder, a diferencia del legislativo. Algunos han visto en esta realidad un estímulo para que las agencias aprueben “normas amorfas e imprecisas” (*promulgate mush*), por usar las gráficas palabras de un juez de apelación. Luego, esos ambiguos e indefinidos reglamentos podrán ser interpretados y reinterpretados, según las necesidades del contexto, en el convencimiento de que todas las posibles interpretaciones tendrán que ser aceptadas por los tribunales⁸¹.

¿Cómo contrarrestar este desafortunado incentivo? El Profesor John Manning ha argumentado de forma convincente que debe abandonarse esa arraigada doctrina por resultar contraria a la concepción americana de la división de poderes⁸², para sustituirla por un planteamiento similar al que contiene la doctrina de la Sentencia Mead. El Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia, el principal tribunal administrativo del país, ha adoptado la doctrina del “bocado único” (“*one bite*”), en virtud de la cual, una vez interpretada la regla o disposición, sólo puede reinterpretarse si es sometida a un nuevo procedimiento de anuncio y alegaciones. Sin embargo, este criterio puede suponer la sustitución de una inadecuada flexibilidad por una no menos inadecuada rigidez, por lo que otros tribunales (incluido, según parece, el Tribunal Supremo⁸³) han aceptado la posibilidad de reinterpretaciones siguiendo el procedimiento propio del *soft law* original. A mi juicio, y como antes se ha apuntado⁸⁴, el mejor enfoque consiste en tratar todas las interpretaciones del “soft law”, ya procedan de mandatos legales o de mandatos reglamentarios, de conformidad con los criterios establecidos en la sentencia Mead, que se caracterizan por su carácter respetuoso e imparcial. Por añadidura, cabe suponer que los

⁸⁰ Bowles v. Seminole Rock & Sand Co., 325 U.S. 410, 414 (1945) (“el criterio último es la interpretación de la Administración, que se convierte en el elemento de referencia a menos que sea plenamente errónea o incoherente con la norma reglamentaria”), Thomas Jefferson Univ. v. Shalala, 512 U.S. 504 (1994), Auer v. Robbins 519 U.S. 452 (1997).

⁸¹ Paralyzed Veterans of Am. v. D.C. Arena L.P. 117 F.3d 579, 584 (D.C. Cir.1997).

⁸² John F. Manning *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, 96 Colum.L.Rev. 612, 682-83 (1996).

⁸³ Shalala, 512 U.S. En 515.

⁸⁴ Peter L. Strauss *Publication Rules in the Rulemaking Spectrum: Assuring Proper Respect for an Essential Element*, 53 Admin. L. Rev. 803 (2001).

tribunales serán menos reacios a fallar que una agencia no ha sido suficientemente diligente en la elaboración de la disposición reglamentaria que debe interpretarse, por ser necesario un mayor nivel de detalle en la propia norma para resultar válida, que fallar lo mismo en relación con el Congreso (por razones políticas). Ello solventaría la cuestión de la aprobación de “normas amorfas e imprecisas” pero podría abrir una vía inapropiada para que jueces temerarios introdujeran sus propios criterios políticos. Y hasta hoy no se ha producido ningún giro significativo en esta dirección en la jurisprudencia.

- c) Otra cuestión difícil que ha aflorado con cierta frecuencia en la jurisdicción del Distrito de Columbia, aunque en menor medida en otros tribunales, está relacionada con la percepción de que las agencias están haciendo uso del “soft law” en circunstancias que requerirían reglamentos –y, por tanto, resultaría exigible el procedimiento administrativo basado en el anuncio y en las alegaciones. Así, cuando en la práctica las directrices, recomendaciones o guías dirigen la conducta privada, el tribunal ha llegado a calificarla como “vinculante”, es decir, dotada de la fuerza de ley y, por tanto, urgida a ser aprobada mediante el procedimiento propio de los reglamentos. Este enfoque pone en peligro no sólo ciertos usos abusivos del Derecho blando, sino también los más beneficiosos. La agencia temerá que cada vez que el “soft law” pueda influir la conducta del sujeto privado los tribunales concluyan que dicha influencia es de tal entidad que sea necesario acudir a los procedimientos formales.

Dos desafortunadas consecuencias resultan de todo ello: la primera, que las agencias se muestran cada vez más reacias a proporcionar asesoramiento, por lo que crean esferas de “Derecho” secreto y privan al público de la seguridad jurídica que comporta conocer cómo espera la agencia que se actúe. La segunda, que, cuando proporcionan asesoramiento, las agencias pueden emitir el aviso legal de que éste no les vincula, con el fin de protegerse y de evitar que se les obligue a someter ese asesoramiento al procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos, basado en el anuncio y en las alegaciones⁸⁵. Ninguno de esos dos resultados puede ser deseable.

⁸⁵ *Appalachian Power Co. v. EPA.*, 208 F ed. 1015, 1022 (D.C. Cir. 2000) (“los demandantes recurren los elementos de la directriz que suponen un posicionamiento concreto de la agencia, que se prevé que mantendrá cuando revise los permisos otorgados por el Estado, y que obligará a cumplir a las autoridades estatales y locales cuando fijen los términos y condiciones de los permisos otorgados a los demandantes, una posición que los funcionarios de la EPA sobre el terreno están obligados a cumplir”). Puede contrastarse el anuncio colgado en la web de la Administración Nacional de Seguridad en el Transporte por Carretera: (“el Letrado Jefe de la Administración Nacional de Seguridad en el Transporte por Carretera interpreta las leyes que la agencia aplica y los reglamentos que promulga. Las interpretaciones del Letrado Jefe realizadas por medio de cartas en respuesta a preguntas de la industria del automóvil y del público representa la visión final y definitiva de la agencia en la cuestión de que se trate y puede confiarse en ella por parte de la industria y por el público. Además de en la web también están accesibles al público en el archivo de referencias técnicas de la agencia en Washington”. <http://www.nhtsa.dot.gov/portal/site/nhtsa/menu-item.4d1e17245efafde89ec0f210dba046a0/>). Este es un resultado deseable; pero tiene el riesgo de considerar las interpretaciones como “vinculantes” y, en consecuencia, requeriría ser objeto de los trámites de publicidad y audiencia.

A mi juicio, prácticamente todos los supuestos en los que se concluyó que debía haberse seguido el procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos en lugar de haber aprobado un instrumento de “soft law”, en realidad, podían haberse resuelto sin invocar cuestiones de procedimiento (de insuficiencia, en este caso) puesto que el problema radicaba en el fondo del asunto, más que en el procedimiento. En efecto, las cuestiones suscitadas podían haberse planteado sencillamente en sus justos términos, que no eran otros que los de fondo. Y es que las directrices emanadas carecían de base normativa suficiente o, por mejor decir, que el conjunto de leyes y reglamentos en la materia no daban cobertura, ni, en consecuencia, autorizaban a dictar tales directrices.

El probable influjo que ejerza el asesoramiento o recomendación sobre la conducta del sujeto privado debería considerarse una señal o indicio, no tanto para concluir en favor de un procedimiento administrativo más riguroso y formalizado, sino, más bien, para advertir que la tutela judicial sobre el fondo del asunto que plantea el instrumento de Derecho blando sea en verdad la apropiada. Cabría aplicar por analogía las fórmulas propias de los procesos de carácter declarativo, o de la tutela cautelar a la que antes se hizo referencia. Sin embargo, la jurisprudencia se ha mostrado contraria a entender que las directrices, guías o recomendaciones, o cualquier otro instrumento de “soft law”, constituya en sí una decisión o acción definitiva por parte de la agencia, o que la acción esté “madura” para el control judicial, dos presupuestos procesales inexcusables para acceder a los tribunales. Esa es la razón por la que a la postre se centra todo en la insuficiencia procedimental de los instrumentos de Derecho blando en cuestión (por su decisiva repercusión sobre la conducta privada). Algunos casos sí han logrado superar estas barreras de un modo inteligente⁸⁶. A mi entender, este enfoque en realidad plantea menos riesgos para un instrumento regulatorio que, como hemos visto más arriba, proporciona un gran valor añadido para el público y la dirección de las agencias.

d) En años más recientes han surgido soluciones y planteamientos más saludables para resolver los problemas que plantea el Derecho blando. Las agencias se han ocupado con intensidad de estudiar y debatir con los afectados el proyecto de “soft law”. Ello entraña una adaptación, eso sí, informal, del procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos, sin incorporar los requisitos tan complejos que se han añadido en los últimos tiempos. Para la Agencia de Productos Alimentarios y Medicamentos (FDA), la Ley exige un “Código de Buen Asesoramiento” que incorpore medidas de este tipo⁸⁷. La OPGP ha venido promoviendo esas prácticas para todo asesoramiento de cierta importancia, y, a tal propósito, ha establecido los criterios que las agencias federales han de seguir cuando pretendan establecer y difundir los instrumentos más relevantes de “soft law”⁸⁸. Algunos de esos requisitos

⁸⁶ *Vid.* Nacional Automatic Laundry & Clearing Council v. Shultz, 443 F.2d 689 (D.C. Cir. 1971); Floersheim v. Weinburger, 346 F. Supp 950, 954-55 (D.D.C. 1972).

⁸⁷ 21 U.S.C. § 371 (h).

⁸⁸ *Guidelines for Ensuring and Maximizing the Quality, Objectivity, Utility, and Integrity of Information Disseminated by Federal Agencies*, 67 Fed. Reg 369 (Office of Mgmt. and Budget, de 3 de enero de 2002).

consisten en la obligación de publicar en formato electrónico la relación de todos los documentos de “soft law” que tengan alguna entidad. En consecuencia, a través de Internet resulta de fácil acceso y consulta la mayor parte de la información relativa a las opiniones y criterios de la agencia, en una búsqueda rápida, que contrasta desde luego con lo que ocurría no hace tanto tiempo atrás, cuando la búsqueda habría requerido largas y costosas horas de profesionales, con una menor garantía por cierto de seguridad sobre la información obtenida.

Como ya se ha hecho notar, algunas disposiciones, sin duda controvertidas, han introducido una fuerte dimensión política en las actividades regulatorias, como ha sucedido con el fortalecimiento de la figura del controlador de políticas regulatorias en el seno de las agencias, bajo dependencia de la Casa Blanca. A ello se añaden, en el mismo plano político, las recientes reformas introducidas por el Presidente Bush de las Órdenes Ejecutivas 12.866 y 13.422 en las que no sólo se establecen las medidas mencionadas en el párrafo anterior, promoviendo la mayor accesibilidad a tan importante información, sino también la lista de documentos de “soft law” cuya emisión requiere un procedimiento previo de análisis de impacto. La aceptación general de estas medidas ha sido muy superior, comparada con las relativas a la mayor politización de las agencias a las que ya se ha hecho referencia.

Con todo, ha de notarse que medidas tan sencillas y fácilmente justificables como las que se acaban de exponer suponen al mismo tiempo un coste en términos de tiempo y de recursos para las agencias que, sin duda, dificulta el reto de hallar los medios para cumplir las funciones que la ley les asigna. Las restricciones presupuestarias, la creciente complejidad de los asuntos de la sociedad y economía contemporáneas a los que han de enfrentarse las agencias, o la interrelación de los objetivos que éstas persiguen explican desde luego éstas y otras medidas en el plano de la regulación, como las de evaluación del riesgo o por pares en el ámbito científico. Pero suponen al mismo tiempo un arma de doble filo. En un contexto que se caracteriza por la puesta en práctica de programas y políticas dirigidos a una enorme masa de la población, algunos comentaristas han hablado de la necesidad de encontrar un modelo de justicia que se asimile a la idea práctica y media del “coche popular”⁸⁹, puesto que el modelo del “Rolls Royce” resulta insostenible. Tal es el desafío que aquí se da.

⁸⁹ O “flivver” justice. Un *Flivver* es un automóvil antiguo, probablemente muy barato también cuando era nuevo, -por ejemplo, el Citroën 2 CV.

**SOME CONTEMPORARY ISSUES
IN AMERICAN RULEMAKING**

Some Contemporary Issues in American Rulemaking

PETER L. STRAUSS¹

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Columbia, Nueva York*

In the American legal system, as virtually all others, one can observe a hierarchy of textual instruments created for and/or by the government, and having the force of law or, if not quite that force, significant influence over how citizens and corporations conduct their affairs. This hierarchy might be depicted in the following way:

One Constitution ratified by “the people”

Hundreds of statutes enacted by an elected Congress

**Thousands of regulations adopted by
politically responsible executive officials**

Tens of thousands of interpretations and guidance
documents issued by responsible bureaus

Countless advice letters, press releases, and other statements of
understanding generated by individual bureaucrats

This essay addresses contemporary developments and issues in American law at the third and fourth of these levels. The third, that of “regulations,” constitutes hard law that, if valid, is binding upon all actors (including the issuing agency). These regulations correspond to subsidiary legislation or European ministerial regulations having the force of law. The fourth level, that of interpretations and guidance documents, is best thought of as “soft law,” to which government adherence is expected but which is not directly enforceable against private actors and may not be enforceable, as well, against the government. The fifth level, occurring in dealings with individual bureaucrats, rarely if ever has any discernable legal influence in the United States (although it may of course influence individuals’ decisions) and will not be further addressed here.

The federal Administrative Procedure Act², which creates the general framework for American administrative law at the national level, defines the instruments of both level three and level four as “rules.” In general, this essay will refer to rules at the third level as “regulations,” and to rules at the fourth level as “interpretive rules,” “guidance,”

¹ Betts Professor of Law, Columbia University.

² 5 U.S.C. § 551 et seq.

or “soft law.” “Rulemaking” will refer to the procedures by which either kind of instrument is created. The essay has three principal subdivisions. The first addresses some general structural issues about American public law and institutions. The second turns to contemporary issues concerning regulations; and the third to contemporary issues concerning soft law. Any essay of this character is necessarily brief and general; the reader wishing more detail is referred to the fine technical analyses to be found in Jeffrey Lubbers’ *A Guide to Federal Agency Rulemaking*³ and Cornelius Kerwin’s *Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy*⁴, and also to the author’s *Administrative Justice in the United States*⁵.

I. THE PRESIDENT, THE CONGRESS, AND AMERICAN ADMINISTRATIVE AGENCIES

The American Constitution radically separates executive and legislative authorities in a manner quite strange to parliamentary systems of government. Under the Constitution, the American Congress has no responsibility for rulemaking beyond its creation by statute of legal authority for executive actions (such as rulemaking), its provision of budgetary support for government actions, its power by statute to countermand regulations⁶, and its informal oversight of agency actions through investigative hearings and the like. Members of Congress, like any member of the public, may attempt to influence rulemaking outcomes by commentary; but once they have authorized rulemaking to occur, its fruition as a legal matter is strictly an issue for the executive. And the Constitution is explicit that members of Congress are forbidden to hold executive office. Thus, the difference between the second and third levels of the hierarchy sketched above is quite dramatic. Congress legislates; but rulemaking is an executive activity⁷.

Analysts from parliamentary systems draw a distinction between “political” and “administrative” (or bureaucratic) controls of regulatory bodies. They tend to ascribe “political” control to the parliament, and “administrative” control to executive actors, who are understood in a more technical than political sense. This is natural in a system in which ministerial and legislative terms of office are interdependent, and only legislators are elected (even if it may be known in advance which person or persons, if elected with majority legislative support, will assume executive office). In parliamentary systems, moreover, executive governance may usually be imagined as collegial in character; a “prime” minister is merely that – the first among equals, whose government depends on continuing consensus among all ministers and the legislators who have elected her, and on whose continued support the survival of her government depends.

³ Amer. Bar Ass’n, 2006.

⁴ CQ Press, 2003.

⁵ Carolina Academic Press, 2002.

⁶ That is, if an agency adopts a regulation, Congress’s only power of disapproval is by statutory enactment. “Laying before” procedures of a less formal sort are constitutionally unavailable.

⁷ Federal Courts also adopt regulations, but these concern judicial procedures, evidence, etc., and are not directly addressed to private conduct.

This interdependency with the legislature and this collegial character of the executive are not to be found in the United States. Our President and the members of Congress are separately elected, in each case to fixed terms of office. These terms do not coincide – two years for the House of Representatives, six years for the Senate, four years for the President. These terms are also rigorous; the government does not fall on a vote of no confidence. The President is the solitary elected executive official⁸. While his appointments to positions of leadership in the various government departments and agencies require senatorial approval, these persons, once appointed, are answerable *only* to him; unless Congress uses the stringent process of impeachment, it cannot participate in the removal of any executive official from office, from the President on down. It cannot require senatorial approval of Presidential removals. Political realities do offer some protection, since a President will know that he must secure Senate confirmation of the successor to any person he removes from office. Nonetheless, a cabinet secretary or agency head understands that her continuation in office depends on a President who, in general, can remove her at any time, for any reason, without recourse⁹. The result is to make executive control of administrative actions such as rulemaking “political” as well as “administrative.”

One consequence is to dramatize the placement of administrative law, from an American perspective, on the difficult and evanescent boundary between politics and law. One can find this already expressed in the earliest of our great constitutional cases, *Marbury v. Madison*, which established the principal that American courts can review legislation to determine its constitutionality¹⁰. In doing so, Chief Justice Marshall’s opinion famously established the place of the courts in the constitutional order. In the course of his opinion, he sought to distinguish between governmental acts that a court might control by law, and others that were not subject to judicial constraint. He denied any possibility of judicial review over acts that the President was entitled to *command* from his subordinates. When an official

“is to conform precisely to the will of the President [h]e is the mere organ by whom that will is communicated. The acts of such an officer, as an officer, can never be examinable by the courts. ... The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to enquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, *can never be made in this court.*”¹¹

⁸ The Vice President is also elected, of course. Our Vice President, has no defined responsibilities beyond his availability to assume the presidency if required. Moreover, the Vice President is not separately voted for. He or she is a fixture of the ballot for President.

⁹ In limited circumstances, notably for our independent regulatory commissions such as the Securities and Exchange Commission, Congress has validly provided that agency heads can be removed only “for cause.” The effective meaning of this constraint has never been tested. In any event the President would be the one to determine that “cause” existed. His determination could be challenged only in the courts, which would be very likely to defer to any credible explanation. The finding that cause existed does not, and constitutionally could not, require congressional approval.

¹⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹¹ *Id.* at 166, 170 (emphasis added).

In the particular case, the official in question was the Secretary of State, and Marshall was drawing a contrast between the administration of foreign affairs (a question in its nature political) and another responsibility of the Secretary of State at the time, to deliver commissions for certain public offices (not a political question, but a matter in which the officer had a legal right).

Are American courts then precluded from reviewing any governmental acts in which the executive has some “discretion”? No. Few if any American analysts would describe decisions about air quality made by the Administrator of the Environmental Protection Agency (EPA)¹² in the way Chief Justice Marshall describes decisions of the Secretary of State about foreign affairs. The Secretary of State is exercising discretion in its largest sense, one might say *DISCRETION!*, in contexts for which there is no law to apply and which “can never be examinable by the courts.” The great Chief Justice did not have in mind “discretion” such as the EPA Administrator is given by statute to decide mixed questions of law and politics. Issues like his determinations about necessary air quality are the everyday focus of administrative law; courts review these determinations for “abuse of discretion” under our federal Administrative Procedure Act¹³. Indeed, we would say that for these acts, the possibility of effective judicial review to justify their legality is *essential*. It is generally expressed as a *sine qua non* of their constitutionality. Generally we assume that such agency determinations reflect *objective judgment* about general propositions of fact (as, for example, what is the degree of hazard posed to human life by given quantities of ozone in the atmosphere) rather than simple *political will*. If standards did not exist permitting a court to assess the legality of the Administrator’s decisions and acts concerning these matters, we would say an unconstitutional delegation had been made¹⁴. These are *not* matters to be decided by politics, and they *are* questions examinable by the courts. And that gives the borderline between politics and law particular significance.

¹² The EPA is an executive agency that is not an element of any cabinet department. Headed by a single Administrator whose appointment requires Senate confirmation and who serves on presidential suffrage, EPA’s responsibilities are almost entirely regulatory, and not political in the sense Chief Justice Marshall was expressing. Cabinet departments, headed by Secretaries, often mix regulatory and political responsibilities; the non-regulatory activities are often assigned to internal subdivisions, also headed by presidentially-appointed administrators, whose responsibilities, like EPA’s, are almost entirely regulatory. Examples would include the Food and Drug Administration (FDA) in the Department of Health and Human Services, the Occupational Safety and Health Administration (OSHA) in the Department of Labor, and the Federal Aviation Administration (FAA) in the Department of Transportation. Independent regulatory commissions like the SEC, too, have responsibilities that are almost entirely regulatory. The statements in this text, unless otherwise noted, apply to every actor of this kind - EPA, FDA, or SEC.

¹³ 5 U.S.C. § 706(2)(A).

¹⁴ See, e.g., *Ethyl Corp. v. EPA*, 542 F.2d 1, 68 (D.C. Cir. 1976) (Leventhal, J., concurring:) (“Congress has been willing to delegate its legislative powers broadly - and courts have upheld such delegation - because there is court review to assure that the agency exercises the delegated power within statutory limits.”); *Skinner v. Mid-Atlantic Pipeline Co.*, 490 U.S. 212, 218 (1989) (“[S]o long as Congress provides an administrative agency with standards guiding its actions such that a court could ascertain whether the will of Congress has been obeyed, no delegation of legislative authority trenching on the principle of separation of powers has occurred.” (internal quotations omitted)).

To what extent, then, is our President entitled to command, as a political matter, outcomes whose determination Congress has entrusted to an administrative agency like the EPA? How far down into the structure of government do political operatives penetrate? At what point is the work of government done by a permanent civil service that may act under political supervision, yet has “administration” rather than “politics” as its guiding light? Over the past few decades, two trends have emerged in American administrative law: a growing reliance on rulemaking to elaborate the detailed (but often quite significant) elements of regulation, as well as a steadily increasing insistence on political penetration of the agency apparatus and political control of its products.

The increased use of rulemaking is, from one perspective, a natural consequence of our increased awareness of social interdependence and environmental hazard. At the same time as human existence has come to involve more artificial elements of uncertain long-term effect, we have developed greater technological capacities to discern and evaluate risk. The great increase in rulemaking occurred, precisely, at the time of the great outpouring of health, safety and environmental legislation in the United States that marked the 1960’s and 1970’s. Whatever the Nineteenth Century’s contributions to global warming, industrial disease, and other ills, the people of that time had fewer tools with which to detect them (and, perhaps, more immediate and evident hazards to which to respond). The judgments we want to reach in consequence of our growing knowledge about and sensitivity to risk – to continue the example already mentioned, how much ozone is safe to permit in the atmosphere we breathe – involve too much detail to be entrusted to the vote of an elected, generalist legislature’s politicians. Inevitably, as the pyramidal figure opening this essay may suggest, we expect political legislatures to set general standards for determinations of this sort, and to leave it to experts – i.e., administration – to find the precise levels for particular substances, like ozone, that those standards make appropriate.

The severance of executive from legislative function in the United States (or, to put it another way, the political irresponsibility of American legislators for rulemaking’s particular outcomes) introduces a reinforcing temptation to rely on rulemaking – one that is much celebrated in the American scholarship on “public choice.”¹⁵ The only political necessity for Congress to earn public credit for “action” is to *appear* to have dealt with a problem. It need not actually have done as much as it might have by way of political resolution of issues. It can then point the finger of blame elsewhere should things not work out so well. In consequence, some of the

¹⁵ “Public choice” is a scholarly discipline that attempts to apply economic reasoning in the world of politics. Particularly well developed in analyses of legislators’ behavior, it tends to explain legislators’ choices in terms of their incentives to secure reelection, and what behaviors are most likely to contribute to that. A useful American introduction, somewhat skeptical of the normative consequences of treating the political world as a “market,” is DANIEL A. FARBER & PHILLIP P. FRICKEY, *LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION* (University of Chicago Press 1991). See also, Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, *The Jurisprudence of Public Choice*, 65 TEX. L. REV. 873 (1987).

work that ideally ought to be politically resolved at the second level of the hierarchy above, is passed on to the third.

We have discovered no effective corrective for this institutional failure. The logical candidate would be a constitutional limitation on Congress's power to confer authority on executive government¹⁶. In name, there is such a limitation, under the rubric "delegation." The constraints of "delegation" doctrine suffice to prevent the conferring of *DISCRETION!* in contexts where courts will conclude that they must be in a position to determine the legality of government behavior – that is, where they will conclude that for executive power to be tolerated, there must be law to apply. Government lawyers thus rarely argue in any administrative context that judicial review is unavailable, but instead work to persuade the courts that agency behavior meets the constraints of legality.

While there thus must be "intelligible standards" to which government actors may be held¹⁷, the test for their existence is extremely permissive. One may almost say that it suffices for the government to acknowledge the need to demonstrate legality under the governing statutes¹⁸. The courts will then work rather hard to determine *that* issue by interpretation, rather than tell Congress that it had not legislated sufficiently. Our courts have lamented that they lack a judicially manageable standard for identifying legislative insufficiencies¹⁹. They do work hard to find the "intelligible standard" that is the coin of a valid delegation of lawmaking authority, which then permits them to assess the legality of agency action. Yet this review necessarily accepts broad scope for agency discretion on issues that courts

¹⁶ Implicit in this account is a fact about our Constitution: it does not define the government of the United States, but rather only the three principal heads of authority: Congress, President, and Supreme Court. Definition of all the rest – cabinet departments, lower courts, independent agencies, even the precise size of the Supreme Court – is left to statutory determination by Congress under its general authority to enact any statutes "necessary and proper" to accomplish the Constitution's ends. U.S. Const. Art. I Sec. 8. See Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUM. L. REV. 573 (1984).

¹⁷ *J.W. Hampton, Jr., & Co., v. United States*, 276 U.S. 394, 409 (1928) ("If Congress shall lay down by legislative act an intelligible principle to which the person or body authorized to [set standards] is directed to conform, such legislative action is not a forbidden delegation of legislative power.").

¹⁸ In *State of South Dakota v. United States Dept. Of Interior*, 69 F.3d 878 (8th Cir. 1995), the government argued before the Eighth Circuit court of appeals that the court lacked power to review a decision of the Secretary of the Interior in a matter involving permission to an Indian tribe to conduct gambling operations on its reservation because the statute authorizing that decision conferred *DISCRETION!* on the Secretary; there was no law to apply. *Id.* at 881. Astounded, the court then held that the statute was an unlawful delegation of authority. *Id.* at 885. The case was taken to our Supreme Court and, while it was pending, government lawyers informed that Court that the Secretary had now concluded that there was law to apply, and that the lower court *could* effectively review the challenged decision for its legality. Without hearing argument, the Supreme Court vacated the Eighth Circuit's opinion and remanded the matter to it for the review that had now been conceded to be proper. *Dept. Of Interior v. South Dakota*, 519 U.S. 919 (1996).

¹⁹ See, e.g., *Whitman v. Amer. Trucking*, 531 U.S. 457, 474-75 (quoting *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 416 (1989) (Scalia, J., dissenting)) ("[W]e have 'almost never felt qualified to second-guess Congress regarding the permissible degree of policy judgment that can be left to those executing or applying the law.'"); *Mistretta*, 488 U.S. at 415 (Scalia, J., dissenting) (noting that "the doctrine of unconstitutional delegation . . . is not an element readily enforceable by the courts").

are ill-equipped themselves to decide (e.g., the health or environmental consequences of various concentrations of ozone).

So the resulting regulation embodies a judgment that at the same moment:

- has high social consequence (the choice of one rather than another ozone level may have tremendous economic and other effects on various elements of society);
- has an objective character suggesting the appropriateness of expert determination, but in actuality is incapable of a single “correct” resolution and thus requires significant elements of scientific “judgment”;
- is subject to effective judicial review to only a limited degree;
- cannot be laid politically at the feet of Congress or the political party that at the moment may hold the balance of power there; and
- although ostensibly reached by an expert agency (the EPA), *might* be laid politically at the feet of the President, who appointed the head of the EPA, and who will have his own general concerns about regulatory affairs.

One then readily understands how, as the uses and impacts of rulemaking have increased, Presidents have increasingly sought to bring it under their unitary and political control. They have sought to bring politics and will to bear where the governing assumptions are that the exercise of such authority is rationalized by its being an act of judgment.

In its most extreme form, growing in popularity over recent years and characterizing the administration of the most recent President Bush, the claim is that in creating a single, “unitary” executive, our Constitution entitles the President ultimately to decide any matter Congress has made the responsibility of an executive agency²⁰. This is a proposition I have addressed at length in another place²¹, and it may be helpful here to quote passages that suggest the outlines of the issues:

The Constitution itself is at best ambivalent on the question. On the one hand, the opening words of Article II locate all executive power in the President, and the Philadelphia convention famously and emphatically rejected any idea of a collegial executive²². Those who take the strongest perspective on what it means

²⁰ Representative positions taken in the contemporary literature: Constitution confers decisional authority: *see, e.g.*, Steven G. Calabresi & Saikrishna B. Prakash, *The President's Power to Execute the Laws*, 104 *YALE L. J.* 541, 549-50 (1994); Christopher S. Yoo, Steven G. Calabresi, & Anthony J. Colangelo, *The Unitary Executive in the Modern Era, 1945-2004*, 90 *IOWA L. REV.* 601, 730 (2005); Constitution does not confer decisional authority, but it should be presumed Congress intends it, given the realities of modern administration: *see, e.g.*, Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 *HARV. L. REV.* 2245, 2251 (2001); Lawrence Lessig & Cass R. Sunstein, *The President and the Administration*, 94 *COLUM. L. REV.* 1, 2-3 (1994); the President, unless directly authorized, is only an overseer: *see, e.g.*, Cynthia R. Farina, *The Consent of the Governed: Against Simple Rules for a Complex World*, 72 *CHI.-KENT L. REV.* 987, 987-89 (1997); Kevin M. Stack, *The President's Statutory Powers to Administer the Laws*, 106 *COLUM. L. REV.* 263, 267 (2006); Peter L. Strauss, *Presidential Rulemaking*, 72 *CHI.-KENT L. REV.* 965, 984-86 (1997).

²¹ Peter L. Strauss, *Overseer or "The Decider"? The President in Administrative Law*, 75 *GEO. WASH. L. REV.* 696 (2007).

²² *See* Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 *COLUM. L. REV.* 573, 599-602 (1984).

to have a unitary chief executive thus argue that when Congress assigns a matter for decision to a constituent element of the executive branch, it does so only for convenience—that, as a matter of constitutional power, the President has the right to decide it²³. On the other hand, the Constitution twice refers to “duties” or “powers” assigned to other officers²⁴. Article II in terms gives the President only the right to seek from those officers a written opinion about *their* exercise of those duties (i.e., it does not say he may *command* their exercise of the duties assigned to them)²⁵, and it concludes that he is responsible to see to it that the laws “*be faithfully executed*”²⁶—i.e., as if by others. From this perspective, as some (but not all) Attorneys General have conclude²⁷, when Congress creates duties in others, that act creates in the President constitutional obligations not only to oversee, but also to respect, their independent exercise of those duties. Just as he must respect a statutory framework that assigns care for the national parks to the Department of the Interior, and care for the national forests to the Department of Agriculture, on this view, he must respect a statutory framework that assigns actual decision-making about particular issues affecting air quality to the EPA; he is entitled only to his (inevitably political) oversight.

²³ See, e.g., Calabresi & Prakash, *supra* note 17; Yoo, Calabresi, & Colangelo, *supra* note 17.

²⁴ U. S. CONST. art. I, § 8, cl. 18 confers on Congress the authority to “make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution . . . all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof; US. CONST. art. II, § 2, cl. 1 provides that the President “may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any subject relating to the Duties of their respective Offices.” (emphases added)

²⁵ U. S. CONST. art. II, § 2, cl. 1 (The President “may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any subject relating to the *Duties of their respective Offices*[.]”) (emphasis added).

²⁶ *Id.* art. II, § 3, cl. 3 (emphasis added).

²⁷ The contrast often given in the literature is between the advice of Attorney General Wirt to President Monroe that

[the President’s role is to give] general superintendence [to those to whom Congress had assigned executive duties, as] it could never have been the intention of the constitution . . . that he should in person execute the laws himself. . . . [W]ere the President to perform [a statutory duty assigned to another], he would not only be not taking care that the laws were faithfully executed, but he would be violating them himself.

The President and Accounting Officers, 1 Op. Att’y Gen. 624, 624-25 (1823) and the advice of Attorney General Cushing to President Pierce that

no Head of Department can lawfully perform an *official* act against the will of the President, [because a contrary view would permit Congress so to] divide and transfer the executive power as utterly to subvert the Government, [albeit that] all the ordinary business of administration [is, in statutory terms, placed under the authority of the Departments, not the President, and] may be performed by its Head, without the special direction or appearance of the President.

Relation of the President to the Executive Departments, 7 Op. Att’y Gen. 453, 469-71 (1855) (emphasis in original). These opinions, with helpful commentary, may be found in H. JEFFERSON POWELL, THE CONSTITUTION AND THE ATTORNEYS GENERAL 29-34, 131-48(1999); see also HAROLD H. BRUFF, BALANCE OF FORCES: SEPARATION OF POWERS LAW IN THE ADMINISTRATIVE STATE 456-59 (2006).

The difference between oversight and decision can be subtle, particularly when the important transactions occur behind closed doors and among political compatriots who value loyalty and understand that the President who selected them is their democratically chosen leader. Still, there is a difference between ordinary respect and political deference, on the one hand, and law-compelled obedience, on the other. The subordinate's understanding which of these is owed, and what is her personal responsibility, has implications for what it means to have a government under laws. I cannot improve on the characterization of the problem given half a century ago by Professor Corwin:

Suppose . . . that the law casts a duty upon a subordinate executive agency *eo nomine*, does the President thereupon become entitled, by virtue of his "executive power" or of his duty to "take care that the laws be faithfully executed," to substitute his own judgment for that of the agency regarding the discharge of such duty? An unqualified answer to this question would invite startling results. An affirmative answer would make all questions of law enforcement questions of discretion, the discretion moreover of an independent and legally uncontrollable branch of the government. By the same token, it would render it impossible for Congress, notwithstanding its broad powers under the "necessary and proper" clause, to leave anything to the specially trained judgment of a subordinate executive official with any assurance that his discretion would not be perverted to political ends for the advantage of the administration in power. At the same time, a flatly negative answer would hold out consequences equally unwelcome. It would, as Attorney General Cushing quaintly phrased it, leave it open to Congress so to divide and transfer "the executive power" by statute as to change the government "into a parliamentary despotism like that of Venezuela or Great Britain with a *nominal* executive chief or president, who, however, would remain without a shred of actual power."²⁸

This is the concern that motivates this writing. As in earlier scholarship²⁹, my own conclusion is that in ordinary administrative law contexts, where Congress has assigned a function to a named agency subject to its oversight and the discipline of judicial review, the President's role—like that of the Congress and the courts—is that of overseer and not decider. These oversight responsibilities, in my judgment, satisfy the undoubted constitutional specification of a unitary chief executive, while avoiding the executive tyranny horn of Corwin's dilemma.

... Our Constitution explicitly gives us a unitary head of state, but it leaves the framework of government almost completely to congressional design. If its text chooses between President as overseer of the resulting assemblage, and President as necessarily entitled "decider," the implicit message is that of oversight, not decision. Congress's arrangements of government are a part of the law that the President is to assure will "be faithfully executed," and the Constitution's text anticipates that those

²⁸ EDWARD S. CORWIN, *THE PRESIDENT: OFFICE AND POWERS 1787-1957*, at 80-81 (4th rev. ed. 1957) (quoting the opinion cited *supra* note 24) (emphasis in original).

²⁹ *E.g.*, Strauss, *op. cit. supra* notes 17 and 18.

arrangements will place “duties” elsewhere in the executive branch, which Congress is given wide scope to define. The size and ambition of contemporary government, in a country dedicated to the rule of law and resolute to defend itself against unchecked individual power, point in the same direction. Congress can, to be sure, give the President decisional authority, and it has sometimes done so. In limited contexts—foreign relations, military affairs, coordination of arguably conflicting mandates—the argument for inherent presidential decisional authority is stronger. But in the ordinary world of domestic administration, where Congress has delegated responsibilities to a particular governmental actor it has created, that delegation is a part of the law whose faithful execution the President is to assure³⁰. Oversight, and not decision, is his responsibility.

Of course it would rarely be the President himself who commands, but a political apparatus operating under his immediate control. Recent years have seen both a significant expansion of that apparatus in the White House itself, and much enlarged penetration of “political clearances” into agency bureaucracies. From the administration of President Ford (1974-77) forward, Presidents have created increasingly stringent mechanisms for oversight of agency rulemakings likely to have a significant economic impact. These particular mechanisms, centered in the Office of Information and Regulatory Analysis (OIRA) of the President’s Office of Management and Budget, will be discussed further below. Here, one should remark that OIRA’s controls are professional and bureaucratic, at least in comparison with those of other White House offices. Lisa Bressman and Michael Vandenbergh’s groundbreaking account of the EPA-White House interface from the perspective of EPA political appointees dramatically illustrates the number of White House voices (in both Republican and Democratic administrations) purporting to exercise “presidential control”³¹; Elena Kagan, now Harvard Law School’s dean, recounted at length her experience of presidential direction of agency rulemaking during the Clinton administration, without ever focusing on OIRA’s work³².

The increasing scope of political clearance for persons having policy responsibilities has attracted rather less attention, but certainly renders American

³⁰ Illustrative of the stronger view of President Bush’s administration is a statement he issued on signing the Postal Accountability and Enhancement Act of 2006, which contained a statutory provision explicitly requiring a search warrant to open domestic first class mail:

The executive branch shall construe subsection 404(c) of title 39, as enacted by subsection 1010(e) of the Act, which provides for opening of an item of a class of mail otherwise sealed against inspection, in a manner consistent, to the maximum extent permissible, with the need to conduct searches in exigent circumstances, such as to protect human life and safety against hazardous materials, and the need for physical searches specifically authorized by law for foreign intelligence collection.

That is, as he had inherent authority to act to protect the nation, the statutory provision could be ignored. President’s Statement on H.R. 6407, The “Postal Accountability and Enhancement Act,” December 20, 2006, 2006 WL 3737548.

³¹ Lisa Schultz Bressman & Michael P. Vandenbergh, *Inside the Administrative State: A Critical Look at the Practice of Presidential Control*, 105 MICH. L. REV. 47, 47-52 (2006).

³² Op. cit. note 17 supra.

“administration” more political than would be expected in the strong civil service regimes of many parliamentary democracies. Probably the move in this direction began during the presidency of Jimmy Carter, when a reform of the civil service laws created in the upper echelons of the civil service a Senior Executive Service, those persons responsible for policy direction and other matters involving substantial discretion. In the United States as in European democracies, important federal bureaus, elements perhaps of a cabinet department, might be under the direction of a senior civil servant, a permanent government employee rather than a political appointee³³. The new law made them more subject to reward and punishment, reassignment and direction, than they had previously been. While these persons were still nominally in the civil service (that is, they are permanent employees), it is perhaps not surprising to learn that with the enlarged possibilities of reward and discipline from above, practices of political clearance developed:

- The White House office responsible for vetting appointments within government for, inter alia, political acceptability grew from thirteen to twenty-one during the quarter century between 1982, the second year of the Reagan administration, and 2008, during the second term of the second Bush administration. The office peaked in 2001 with thirty-five employees.³⁴
- A Department of Justice investigation found that Monica Goodling, the DOJ’s White House Liaison and Senior Counsel to the Attorney General, “improperly subjected candidates for career positions [in the Justice Department] to the same politically based evaluation she used on candidates for political positions, in violation of federal law and department policy.”³⁵

³³ The classic study of their work, written at about the time of this change, is HERBERT KAUFMAN, *THE ADMINISTRATIVE BEHAVIOR OF FEDERAL BUREAU CHIEFS* (1981).

³⁴ Compare *FEDERAL/STATE EXECUTIVE DIRECTORY 1985* (Carroll Publishing Co. 1985) with *CARROLL’S FEDERAL DIRECTORY 2008* (Carroll Publishing Co. 2008).

³⁵ U.S. Dep’t of Justice, *Investigation of Allegations of Politicized Hiring by Monica Goodling and Other Staff in the Office of the Attorney General 1, 135* (2008), available at <http://www.usdoj.gov/oig/special/s0801/final.pdf>.

Similar implications arise from presidential reactions to congressional requirements of relevant expertise for important policy positions. In the wake of the Katrina disaster and the deficiencies in Federal Emergency Management Administration management it revealed, Congress passed statutes requiring that the person appointed to head FEMA be a person experienced in the management of complex institutions and disaster management. Department of Homeland Security Appropriations Act, 2007 § 611(11), 6 U.S.C. § 313 In a later statute, it directed that appointees to high office in the United States Postal Commission have similar experience-related backgrounds. Postal Accountability and Enhancement Act of 2006 § 501, 39 U.S.C. § 202. In signing the lengthy statutes including these provisions into law, the President identified these two provisions in particular, as against many he accepted, as unconstitutional infringements of his authority to nominate or appoint anyone he chose.

[Cont.]

- Newspapers have reported that Vice President Cheney has attempted to control decisions as slight as the amount of water having to be released from a federal dam to protect threatened fish populations (in competition with the needs of farmers in a drought-stricken region) suggested the placement of White House political operatives deep within agency bureaucracies.³⁶
- A presidential executive order following quickly upon the Democratic Party's winning back control of Congress in 2006 essentially required every agency to place control over its rulemaking operations, not in the hands of the agency head, but a White House appointee.³⁷
- The administration of the second President Bush has been dogged throughout its length with accusations of the political bending of science,³⁸ from refusals to permit government analysts to testify concerning their results, to thumb-on-the-scales influence over determinations ranging from the protection of an endangered whale species to the precise level of ozone most appropriate for national air quality standards.

All of this, one might understand, is intimately connected with presidential claims to dominate, as of right, the work of executive government – then turned not to administrative, but to political ends.

This intense politicization of what had been imagined as expert, administrative processes is from a certain perspective not surprising. It can be thought a consequence of legislative irresponsibility in Congress, of the increasing practical importance of regulation to the American economy (and hence to politicians), and of the American habit, common in recent decades, of putting one political party in power in the White House and the other in power in Congress. For Presidents facing a politically hostile Congress, the incentive – the need – to take active control of the permanent government bureaucracy is clear.

The difficulties, of course, are those suggested by Corwin, and by history's experience with overpowerful chief executives. Congress's creation of power in discrete executive branch bodies might not seem so threatening to civil liberties. Even though there is a democracy deficit – such agencies are politically responsible only through their tie to presidential appointment – these are dispersed authorities.

[Cont.]

Statement by President George W. Bush Upon Signing H.R. 5441, 2006 U.S.C.C.A.N S49, S52 (Oct. 4, 2006) (“[the statute] purports to limit the qualifications of the pool of persons from whom the President may select the appointee in a manner that rules out a large portion of those persons best qualified by experience and knowledge to fill the office. The executive branch shall construe [section 611] in a manner consistent with the Appointments Clause of the Constitution.”); Statement by President George W. Bush Upon Signing H.R. 6407, 2006 U.S.C.C.A.N. S76 (December 20, 2006) (making an almost identical statement).

³⁶ Jo Becker & Barton Gelman, *Leaving No Tracks on Environmental Policy*, WASH. POST, June 27, 2007, available at 2007 WLNR 12054552.

³⁷ Exec. Order No. 13,422, 72 Fed. Reg. 2763 (Jan. 23, 2007).

³⁸ THOMAS O. MCGARITY & WENDY E. WAGNER, BENDING SCIENCE: HOW SPECIAL INTERESTS CORRUPT PUBLIC HEALTH RESEARCH(2008).

Each agency acts in a delimited area of not only responsibility but also technical expertise, and they exercise their limited authority using procedures that are both transparent and subject to judicial oversight. It is harder to accept the argument that the power to decide *all* the manifold policy decisions Congress has committed to government agencies lies in the hands of a single autocrat acting behind closed doors and, one may fear, under the influence more of power politics than of expert judgment.³⁹ Congress, after all, has placed the responsibilities in the agencies, not the President, and made them subject (as he ordinarily is not) to judicial as well as political controls. In an important mid-Twentieth Century decision for the Supreme Court involving President Truman's effort to claim an enlarged executive authority to deal with an emergency of the Korean War (in a context that had nothing to do with presidential direction of rulemaking), Justice Hugo Black famously remarked in his majority opinion for the Court that "the President's power to see that the laws are faithfully executed refutes the idea that he is to be a lawmaker."⁴⁰ Our courts nonetheless accept *agency* rulemaking, which is unmistakably lawmaking. They see agency decisions as agency, not presidential, lawmaking. It is perhaps not difficult to see the challenges that the arguments for such a strong "unitary executive" pose to this accommodation.

I conclude this section with remarks taken from an informal paper on the President and the Rule of Law⁴¹:

[Recently,] Neal Katyal published in the Yale Law Journal an essay entitled "Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within."⁴² Faced with a broken Congress, he argued – and it is hard to doubt that Congress is broken – the restraints of law on a President's political ambition must come from within the Civil Service.

Much maligned by both the political left and right, bureaucracy serves crucial functions. It creates a civil service not beholden to any particular administration and a cadre of experts with a long-term institutional world view. Fans of "Yes, Minister" will recognize this as not simply a possible American view. ... Our laws have created it, beginning with the Civil Service Reform Act of 1883, which first created a professionalized federal civil service, but does one not see all around the signs of increasing politicization in the civil service – the use of political tests as well as, in lieu of, expertise? ... Posing our problem as one of choosing between the rule of law or the rule of men imagines the impossible. Even with the rule of law, we will at best have both. The question is how we can keep the politics in check – and this is perhaps above all else an issue of integrity.

³⁹ Todd D. Rakoff, *The Shape of the Law in the American Administrative State*, 11 Tel-Aviv U. Stud. L. 9 (1992).

⁴⁰ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 587 (1952).

⁴¹ Peter L. Strauss, *The President and the Rule of Law* (Nov. 2007) (unpublished manuscript).

⁴² Neal Kumar Katyal, *Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within*, 115 Yale L.J. 2314 (2006).

II. NOTICE AND COMMENT RULEMAKING

In 1946, Section 553 of the federal Administrative Procedure Act created a generalized “notice and comment” procedure for adopting regulations. This provision is quoted in its entirety in the margin, and reference will be made to its provisions in the following pages⁴³. Note its simplicity.

The sole statutory definition of our “notice and comment” rulemaking, this provision requires only three procedural elements involving the public, each described in very permissive terms.

1. Subject to exceptions for emergencies, in-house matters, and minor details, agencies must give the public advance notice that they are considering adopting a regulation. As defined, the required notice is to be of a very general kind. In addition to indicating the public procedures to be used, the notice must refer to the legal authority claimed to adopt the regulation, and to “*either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved.*” (Emphasis added.)

⁴³ 5 U.S.C. § 553. Rule making

- (a) This section applies, accordingly to the provisions thereof, except to the extent that there is involved—
 - (1) a military or foreign affairs function of the United States; or
 - (2) a matter relating to agency management or personnel or to public property, loans, grants, benefits, or contracts.
- (b) General notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include—
 - (1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings;
 - (2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and
 - (3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved. Except when notice or hearing is required by statute, this subsection does not apply—
 - (A) to interpretative rules, general statements of policy, or rules of agency organization, procedure, or practice; or
 - (B) when the agency for good cause finds (and incorporates the finding and a brief statement of reasons therefor in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest.
- (c) After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose. When rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing, sections 556 and 557 of this title apply instead of this subsection.
- (d) The required publication or service of a substantive rule shall be made not less than 30 days before its effective date, except—
 - (1) a substantive rule which grants or recognizes an exemption or relieves a restriction;
 - (2) interpretative rules and statements of policy; or
 - (3) as otherwise provided by the agency for good cause found and published with the rule.
- (e) Each agency shall give an interested person the right to petition for the issuance, amendment, or repeal of a rule.

2. Where such notice is given, it must provide any interested member of the public with an opportunity for written or oral commentary, at the agency's choice. An individual may become an interested person simply by participating in this process; there is no eligibility test. The language suggests that nothing more need be given than an opportunity to volunteer one's own views, in the normal manner of a legislative hearing rather than a judicial trial.
3. Finally, after considering the comments, in adopting a regulation, the agency is to give a "concise general statement of [its] basis and purpose." Congress in adopting this language gave no reason to think it expected more than this quite permissive and undemanding language suggests.

I have written elsewhere how the explosion of rulemaking in the latter part of the 20th Century, accompanying greatly increased health, safety and environmental regulation requiring difficult judgments about risks presented by modern technology, contributed to a transformation of this simple procedure into a much more complex one.⁴⁴ As would have surprised the drafters of 1946, notice and comment rulemaking now effectively requires

- Quite detailed indications of the proposal, with the corollary that if the agency is persuaded by comments or other developments to take a course other than that initially proposed, it may have to resubmit the new course as a further proposal for comment. "Logically entailed" is the stated criterion, and reviewing courts are sometimes quite demanding in applying this criterion.
- The agency must reveal the data known to it on which its decisions may be based, so that they as well as the proposal may be commented upon. This development might be viewed as a natural outgrowth of American Freedom of Information legislation,⁴⁵ which from the mid-60's dramatically expanded the rights of citizens to have access to information in government possession. However, the Freedom of Information Act does not purport to amend section 553's requirements for rulemaking, and this judicial development of what is in effect a greatly expanded notice requirement is very difficult to square with the way "notice" is defined in the text of that section.
- Perhaps drawing again on the same impulse, the agency must be prepared to identify the full "record" of its rulemaking, generally including (as a product of common agency regulations) some account of oral communications informally received as well as the comments filed in the process.
- The "concise general statement of ... basis and purpose" has become, at least for important rulemakings, an elaborate rationale running dozens of pages in

⁴⁴ Peter L. Strauss, *Statutes that Are Not Static: The Case of the APA*, 14 J. Contemp. Leg. Issues 767 (2005); Peter L. Strauss, *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking*, 31 WAKE FOREST L. REV. 745 (1996).

⁴⁵ 5 U.S.C. §552. A good general source on the Freedom of Information Act is Patricia M. Wald, *The Freedom of Information Act: A Short Case Study in the Perils of Legislating Democratic Values*, 33 EMORY L.J. 649 (1984).

length, elaborating the agency's reasoning in general and in reaction to particular comments. Reviewing courts will consider a statement that does not persuasively deal with the most important comments inadequate. Since the "most important comment" category is determined only after the fact, during judicial review sought by those asserting that they were not attentively heard, the agency must effectively anticipate all complaints about its attentiveness to comments that might be made. This contributes greatly to the lengthiness of its explanations.

- Judicial review is generally available immediately upon adoption of the regulation, without having to wait for its enforcement. This obviously permits those who might be directly affected by the rule to seek to postpone (if not to defeat) its application by seeking review. The review may occur on a wider range of issues and at less risk to their enterprises than would be involved if they awaited and then resisted its enforcement. At least as important, however, it also permits review on behalf of people or groups who might think the regulation insufficiently rigorous to protect their interests. These persons could never raise this kind of issue at the enforcement stage.
- Judicial review of a regulation's validity is considerably more rigorous than judicial review of the constitutionality of legislation. This is so whether one is considering the adequacy of its factual underpinning, or the rationality (and explanation) of the judgments it entails. In 1946 no such distinction would have been drawn. The judicial touch for review of regulations as of statutes was light indeed. Now, the two kinds of review are seen as entirely distinct enterprises and the sobriquet for judicial review of important rules is "hard look."

Although our Supreme Court seemed to have decided in 1978 that only those procedural requirements for notice and comment rulemaking that could properly be ascribed to the 1946 Congress could be enforced,⁴⁶ all of these developments have in fact survived to the current day. The 1978 opinion is taken as a barrier to the *judicialization* of rulemaking, but *not* to developments that have made its procedures more transparent, and review of its outcomes more balanced and thorough, than the 1946 Congress would have anticipated.

In recent decades, both new statutes and presidential initiatives embodied in executive orders⁴⁷ have added to the complexities of rulemaking, at least those rulemakings likely to have a significant economic or other impact.

⁴⁶ *Vt. Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Res. Def. Council*, 435 U.S. 519, 545-46 (1978). Readers are entitled to know that the author, then General Counsel to the United States Nuclear Regulatory Commission, was an author of the government's brief in the case.

⁴⁷ An Executive Order is a presidential document published in the Federal Register and directed to federal agencies - in effect one of the means by which the President fulfills his responsibility to take care that the laws are faithfully enforced. It is "law" for agencies in the sense that they understand their obligation to comply and may rationalize their actions in its terms, but such an order is rarely if ever judicially

[Cont.]

- A new statutory procedure, more applauded by scholars than used by agencies, envisions the development of rulemaking proposals through a consensual process of mediated discussion among stakeholders, “negotiated rulemaking,” rather than by bureaucratic actors alone.⁴⁸ To work, the number of discrete stakeholders or their representatives must be relatively few, and their willingness to compromise substantial.
- The Regulatory Flexibility Act, amended by the Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act (SBREFA),⁴⁹ requires special consideration of the impact of regulations on smaller businesses and of possible adjustment of the requirements imposed on them to accommodate their lesser resources. A subsidiary element, notable for increasing the transparency of pending government action, requires semi-annual publication of a “regulatory agenda” (not unlike the EU Commission’s workplans) both giving notice of rulemakings expected to be undertaken and identifying agency contacts with whom interested persons can register any concerns.
- The Unfunded Mandates Relief Act, principally addressed to controlling the phenomenon of federal legislation requiring state expenditures to achieve its ends, without federal subvention, requires identification and special analysis of regulations that require significant private expenditure for their implementation.⁵⁰
- The Electronic Freedom of Information Act,⁵¹ inter alia, directs web implementation of rulemaking procedures. While the governmental response to this is very much a work in progress, inhibited by funding failures and interagency rivalries,⁵² the notice and comment process is increasingly available by Internet. The Regulatory Agenda mentioned above, and all proposals for rulemaking may be found there through a unified, government-wide site; comments may (but need not be) filed electronically; and all the materials of rulemaking – underlying studies, proposals, comments, etc. – are increasingly available through a single federal data management service.

[Cont.]

enforceable and generally lacks direct force on individuals outside government. Consultation in its development is commonplace, but no statutory procedure controls its promulgation; all that is “required” is the President’s signature on a document so designated and submitted to the Government Printing Office for publication. Executive orders are consecutively numbered, now approaching 14,000.

⁴⁸ Philip J. Harter, *Assessing the Assessors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking*, 9 N.Y.U. ENVTL. L.J. 32, 33 (“[N]egotiated rulemaking is a process by which representatives of the interests that would be substantially affected by a rule, including the agency responsible for issuing the rule, negotiate in good faith to reach a consensus on a proposed rule.”).

⁴⁹ 5 U.S.C. §§ 801-808 (amending 5 U.S.C. §§ 601-612 (1980)).

⁵⁰ Unfunded Mandates Reform Act of 1995, Pub. L. No. 104-4, 109 Stat. 48 (codified in scattered sections of 2 U.S.C.).

⁵¹ 5 U.S.C. § 552.

⁵² *Achieving the Potential: The Future of Federal E-Rulemaking* (ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2008)

- The Paperwork Reduction Act and its amendments,⁵³ like E-FOIA and other measures, by assigning certain coordination and control responsibilities to the Office of Information and Regulatory Analysis (OIRA), which is part of the President's Office of Management and Budget (OMB) – the principal bureaucratic body through which the President coordinates executive branch activities⁵⁴ – have in effect accepted the responsibilities the President has given that office to oversee governmental rulemaking.
- Through a series of executive orders and associated OMB guidance documents – most recently and most prominently E.O. 12,866⁵⁵ – the President has added considerable structure to the period that *precedes* the publication of a notice of proposed rulemaking, as well as somewhat complicated the notice and comment process itself.
 - * Integrated with SBREFA's Regulatory Agenda, and as amended by President Bush in January 2007,⁵⁶ the Executive Order requires annual development, apparently subject to OIRA approval, of a regulatory plan; this occurs under the responsibility of a “regulatory policy officer” in each agency who is to be a presidential appointee. Unless the agency head specifically overrides her judgment, development of a regulation cannot proceed without the approval of the regulatory policy officer. These processes are *not* transparent. This is one of those elements that, in my judgment, signals significantly increased presidential and political power over agency rulemaking.
 - * Associated with agency choices of their targets for regulation, OMB has developed increasingly stringent and detailed guidance on such subjects as risk assessment and peer review.⁵⁷ Both the instructions and resulting agency analyses are public documents; to the extent they invite controversy they extend the rulemaking process, but the transparency involved is a public policy benefit.
- Once a particular target for regulation has been chosen, agencies are responsible for analyzing the potential impact of their regulatory proposals

⁵³ Paperwork Reduction Act of 1980, Pub. L. No. 96-511, 94 Stat. 2812 (1980); Paperwork Reduction Reauthorization Act of 1986, Pub. L. No. 99-500, 100 Stat. 1783-335 (1986); Paperwork Reduction Act of 1995, 44 U.S.C. §§ 3501-3520.

⁵⁴ For example, executive branch requests for legislation, emphatically including annual requests for budget appropriations, must be coordinated with and cleared by OMB. It also oversees all communications with Congress, such as testimony or commentary on proposed legislation. Its staff, traditionally permanent civil servants but in this instance ones working directly for and with the White House, oversee management issues from an executive branch perspective (a congressional body, the Government Accountability Office, does the same, independently, from the legislative perspective).

⁵⁵ Exec. Order No. 12,866, 58 Fed. Reg. 51,735 (Sept. 30, 1993), *amended* by Exec. Order No. 13,258, 67 Fed. Reg. 9,385 (Feb. 26, 2002) and Exec. Order No. 13,422, 72 Fed. Reg. 2,703 (Jan. 18, 2007).

⁵⁶ Exec. Order No. 13,422, 72 Fed. Reg. 2,703 (Jan. 18, 2007).

⁵⁷ OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET, PROPOSED RISK ASSESSMENT BULLETIN (2006), http://www.whitehouse.gov/omb/infoereg/proposed_risk_assessment_bulletin_010906.pdf; OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET, FINAL INFORMATION QUALITY BULLETIN FOR PEER REVIEW (2004), http://www.whitehouse.gov/omb/infoereg/peer2004/peer_bulletin.pdf.

along a variety of dimensions. In addition to *statutory* requirements to analyze impact on small business⁵⁸ and the environment,⁵⁹ executive orders have called for analysis of potential impact on such matters as family values,⁶⁰ federalism values,⁶¹ and the national economy. The last of these is directly controlled by EO 12,866 and receives the most emphasis. The stringency of OIRA's oversight under EO 12,866 varies considerably with the extent to which such impact is expected.

- * Essentially three categories of regulation are identified, minor, significant, and major – the most important identified as regulation likely to impose an annual cost of \$100,000,000 on the economy, or having some other unusual degree of importance for the nation. A few hundred of the several thousand regulations adopted annually fit this description. For them, OIRA's requirements for analysis are intense. The result is to produce, in effect, variable procedures for notice and comment rulemaking, depending on the importance of the initiative involved. This seems a natural and welcome outgrowth of the increasing importance of rulemaking.
- * For the more significant regulations, the Executive Order is explicit about a number of matters implied in the judicial developments of the preceding decades not readily found in the statutory language:
 - that notice of proposed rulemaking should include draft regulatory text;
 - that 60 days should normally be available for comment;
 - that data on which the agency relies must be available for public comment; and
 - that (via the analysis EO 12,866 independently requires) a relatively elaborate explanation of the agency's rationale should be given.
- * Again for significant regulations, the agency's draft analysis of economic impact, following detailed guidance that OIRA has provided,⁶² must be cleared with OIRA before publication of the notice of proposed rulemaking. (The agency must also inform OIRA in a summary way of rules it concludes do not require this treatment, and OIRA has authority to disagree and require the analysis to be done.) This draft analysis is a public document that becomes a part of the rulemaking record, along with certain elements of OIRA

⁵⁸ Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act, 5 U.S.C. §§ 801-808 (amending Regulatory Flexibility Act, 5 U.S.C. §§ 601-612 (1980)).

⁵⁹ National Environmental Policy Act of 1969 § 102, 42 U.S.C. §§ 4332.

⁶⁰ Exec. Order No. 12,606, 52 Fed. Reg. 34,188 (Sept. 2, 1987), *revoked by* Exec. Order No. 13,045, 62 Fed. Reg. 19,885 (Apr. 21, 1997).

⁶¹ Exec. Order No. 13,132, 64 Fed. Reg. 43,255 (August 4, 1999).

⁶² OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET, CIRCULAR A-4, REGULATORY ANALYSIS (2003), <http://www.white-house.gov/omb/circulars/a004/a-4.pdf>.

communications – not a perfectly transparent process, but considerably more transparent than one finds in respect of other White House agency relations. The transparency (along with the professionalism of OIRA staff and the consistently high intellectual qualifications of its leadership, which is subject to senatorial confirmation in office) was a part of the political price the White House understood it must pay for congressional acceptance of the office and its processes.

- * Once notice of proposed rulemaking has been published and comments received, the agency must produce a final analysis for clearance by OIRA before adopting a final regulation. This analysis is, again, a public document that becomes a part of the rulemaking record. This process has been the occasion for ostensibly political interference on occasion, when it has become evident OIRA has insisted on changes in regulatory content in respects committed to agency, not presidential, judgment,⁶³ or has simply refused for months, even years, at a time to clear for release a regulation the agency is ready to issue in final form.⁶⁴
- Under the Congressional Review Act, legislation adopted during the Clinton administration shortly after the Republicans won control of both houses of Congress for the first time in decades, major regulations cannot be effective before Congress has had a limited period in which to consider disapproving them.⁶⁵ To be effective, however, a resolution of disapproval must meet the procedural requirements of legislation – it must be passed in identical form

⁶³ See David C. Vladeck, *Unreasonable Delay, Unreasonable Intervention: The Battle to Force Regulation of Ethylene Oxide*, in Peter L. Strauss, ed., *ADMINISTRATIVE LAW STORIES* (Foundation Press 2006) (discussing OSHA's delay in issuing ethylene oxide standards, at the direction of OIRA); Gen. Accounting Office, *Rulemaking: OMB's Role in Reviews of Agencies' Draft Rules and the Transparency of Those Reviews*, GAO-03-929, at 9, <http://www.gao.gov/new.items/d03929.pdf> (OIRA had an effect on almost a third of the draft rules it reviews and that at OIRA's recommendation, EPA removed manganese from a list of hazardous wastes.); *Waxman Threatens to Cite Johnson With Contempt Over Documents*, *INSIDE THE EPA*, June 20, 2008, 2008 WLNR 11540109 (EPA administrator Stephen Johnson withholding documents related to the EPA's ozone standard: "Waxman's investigation aims to put a spotlight on the contentious ozone rulemaking, which President Bush personally ordered amended hours before it was due for release."); Letter from Patrick Leahy, Chairman, S. Comm. on the Judiciary, to William A. Roderick, Deputy Inspector General, U.S. Env't Prot. Agency (July 25, 2008), available at <http://leahy.senate.gov/issues/Judiciary/072508LeahyToEPAIG.pdf> (asking Roderick to investigate "[w]hether EPA's decision with respect to California waiver from the Clean Air Act was made in accordance with the technical and legal conclusions of its own staff or whether the White House improperly interfered with EPA decision-making")

⁶⁴ Letter from Henry A Waxman, Chairman, H. Comm. on Oversight and Govt. Reform, to Susan A. Dudley, Administrator, Office of Info. and Regulatory Affairs (Apr. 30, 2008), <http://oversight.house.gov/documents/20080430103958.pdf>. ("for over a year, the Office of Information and Regulatory Affairs has blocked the National Marine Fisheries Service from issuing a rule to protect [right] whales from being killed by ships. According to documents obtained by the Committee, the rule's delay appears to be due to baseless objections by White House officials.")

⁶⁵ 5 U.S.C. § 801; See Daniel Cohen & Peter L. Strauss, *Congressional Review of Agency Regulations*, 49 *ADMIN. L. REV.* 95 (1997).

by both houses *and* then signed by the President. This has happened only once, during the transition from the Clinton to the Bush administration, when the President asked to sign the resolution of disapproval was different from the President in office when the regulation was adopted. It is unlikely to happen under other political circumstances.

From this lengthy resume of changes to the simple model of notice and comment rulemaking given by Section 553, it is possible to extract some present-day issues facing American notice and comment rulemaking.

In the judicial arena, a number of Supreme Court Justices (not yet a majority) and some scholars have expressed doubts about doctrinal developments of previous decades that have given those *favoring* regulation access to the courts comparable to that enjoyed by those to whose behavior regulations are directed. These developments include the availability of pre-enforcement review, permissive standing requirements, and a willingness to find somewhat abstract questions “ripe” for judicial review. The current intensity of review and its availability at an early stage is thought to have brought about the “ossification” of agency rulemaking – overly elaborate, time-consuming and expensive rulemaking procedures, and excruciatingly long (emphatically not “concise general”) statements of basis and purpose. Some also ascribe to this ossification an increasing agency reliance on less formal means of making policy – e.g., guidance or other forms of soft law – rather than rulemaking.

The rejoinders to these concerns are numerous: that ossification is a reflection of the importance of rulemaking; that it is in general limited (as one may concede it should be limited) to the high-consequence rules that are most in public view; that ossification these days can be laid at least equally at the feet of the executive oversight provisions like EO 12,866, about the general soundness of which there seems overall acceptance; that close attention and lengthy processes are warranted for regulations that have a large impact on the economy or particular industries; and that the two-sided review possible *only* with pre-enforcement review and broad “standing” rules has advantages far outweighing its costs. Knowing that the statement of basis and purpose will be closely examined in relation to the information and views in the rulemaking record, as plangently remarked by a former EPA official, arms those within the agency who care about reasoned decision-making (i.e., acts of judgment) with a weapon with which to influence those who do not (i.e., prefer acts of will).⁶⁶ Knowing that a regulation may be reviewed for doing too little to protect public interests, as well as for doing too much to interfere with private ones, is an antidote to the capture that can result from, as James Landis once put it, the machine-gun impact of daily encounters with the regulated.⁶⁷

⁶⁶ William F. Pedersen, Jr., *Formal Records and Informal Rulemaking*, 85 *YALE L.J.* 38, 59 (1975).

⁶⁷ Staff of Subcomm. on Administrative Practice and Procedure to the Senate Comm. on the Judiciary, 86th Cong., Report on Regulatory Agencies to the President-Elect, at 71 (1960) (written by James M. Landis) (“The daily machinegun-like impact on both agency and its staff of industry representation that makes for industry orientation on the part of many honest and capable agency members as well as agency staffs.”).

Legislatively, the largest challenge would be a rerationalization of rulemaking to consolidate –and at the same time could hopefully simplify – many of the developments that have occurred. Procedures for rulemaking, and perhaps the occasions for an intensity of judicial review as well, should vary with the importance of the regulation involved. Rulemaking is not legislation; it suffers correspondingly from a “democracy deficit.” Such a deficit *not* cured by the attentions of an elected President acting behind closed doors and perhaps on behalf of undisclosed interests. Rather, as Judge Harold Leventhal once cogently put it, it is compensated for by a level of transparency in its formation, and by a judicial review considerably more intense than legislation ever undergoes.⁶⁸

The mind-numbing variety of requirements that now apply in rulemakings, even the most important, needs to be pared down and simplified.⁶⁹ The “impact analysis” rubric has been with us 69 now since the 1970’s, when “environmental impact analysis” was first required as a legislative matter. Now, in addition to this and the economic impact analysis of EO 12,866, we have federalism impact, risk assessment, and regulatory flexibility, to name only the most prominent. Some – economic impact perhaps especially – pretend to an objectivity of analysis that is no better than a chimera.⁷⁰ Careful, forward thinking policy analysis, to can help single-mission agencies rise above a narrowly focused perspective – to think outside the box – is important. Its intensity should properly vary with the importance of the undertaking. Both full transparency and proper resources (monetary and management) for its performance and oversight must be assured. On the other hand, a false precision, institutional arrangements that threaten to empower the exercise of covert political will over judgment, and a welter of poorly articulated “impact” concerns, should be avoided.

Careful attention needs to be paid to the developing world of e-government. Transferring rulemaking documentation from paper to the Internet promises great gains in transparency and accessibility. But care must be taken to assure uniform practice, universal deposit of documents, ready searchability, and effective management. Congress to date has been sparing of both the funds that could permit this and attention to effective management approaches. Development has been troubled in consequence.

Having a great volume of material available on-line and thus widely accessible could transform rulemaking in either (or both) political or judicial directions. On the political side, one now sees the possibility of e-mail campaigns in which rulemaking comes to be seen as a kind of plebiscite, one subject to all the distortions “grass roots” uses of the Web are prey to. Judges may be tempted by these developments to impose a more adversarial view of rulemaking. Having comments filed by others

⁶⁸ *Ethyl Corp. v. EPA*, 542 F.2d 1, 68 (D.C. Cir. 1976) (Leventhal, J., concurring.)

⁶⁹ Mark Seidenfeld, *A Table of Requirements for Federal Administrative Rulemaking*, 27 FLA. ST. U.L. REV. 533, 536 (2000).

⁷⁰ Sidney A. Shapiro & Christopher H. Schroeder, *Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation*, 31 Harv. Envtl. L. Rev. (forthcoming 2008).

available on the Internet (that is, not simply as paper submissions simultaneously made to a Washington bureau and consequently hard to access, read and index) will multiply the occasions for demanding an opportunity to respond – not currently an element of the process. Judges, tempted by their internalized preferences for the model of trials, may agree, making the procedure more adversarial. Either development would strike this author as undesirable, although very possible.

Better treatment and integration of the pre-notice period might permit some response to these issues. When the Commission of the European Union develops legislative proposals, the author found,⁷¹ it uses a comment-like process at an early stage to develop its information base, assess political temperatures, and the like. That kind of approach, not unlike the idea behind “negotiated rulemaking” in America, permits the more flexible development of proposals, ones that are likely to reflect consensus and developed technical knowledge. The regulatory agenda and regulatory plans, our analogy to the work plans of the EU’s DGs, need to be better integrated into the electronic resources and other elements of contemporary rulemaking; they need to become more transparent in their management and less subject to simple political interference.

For our new President, the issues are primarily those of reestablishing the line between “will” (simple power politics) and judgment. We have rationalized the creation of regulations by agencies, rather than legislation by Congress, on the understanding that regulations are made transparently, in accordance with legislative standards, and under close judicial supervision for their rationality. Covert conversations with the White House, the introjection of presidential agents within agencies who (without legislative sanction) are ostensibly handed control of the rulemaking apparatus, the frequent bending of science to political ends,⁷² presidential insistence on deciding matters Congress has assigned to the judgment of expert agencies – all these developments threaten our rule-of-law culture. If our new President could find a way back to oversight as an administrative rather than a political activity, he might possibly stem this tide. Impact analysis, including its attention to the front end of regulatory planning, needs to continue; but its susceptibility to political intrigue must somehow be cabined.

The “regulatory policy officer” element of Executive Order 12,866, added by President Bush in 2007, can perhaps serve as an illustration of the contending views and fears about these issues. Recall that he newly empowered these subordinate officials to control rulemaking activities, diminishing the ostensible connection between them and their agency superior and increasing White House control over them. The White House, for its part, has been insistent that this is merely a minor step to more effective management, one that does not alter the political balance between

⁷¹ Peter L. Strauss, *Rulemaking in the Ages of Globalization and Information: What America Can Learn From Europe, and Vice Versa*, 12 COLUM. J. EUR. L. 645 (2006).

⁷² THOMAS O. MCGARITY & WENDY E. WAGNER, *BENDING SCIENCE: HOW SPECIAL INTERESTS CORRUPT PUBLIC HEALTH RESEARCH* (2008).

the bureaucracy of the agencies and the politicians of the executive branch. Others, including the author, have seen this as another reflection of the strong “unitary President” theory of the current administration, with its hazards to the place of law in regulation. The House of Representatives has now twice voted to deny funding to the activities of the regulatory policy officers, apparently finding them an opaque source for implementing political judgments of the White House and distorting expert bureaucratic judgments. The first of these legislative efforts failed when a Senate committee removed the proposed statutory language without explanation or public discussion. The Senate action followed a concerted lobbying effort by industrial interests; a White House official also argued to the Senate that such an action would prevent the President from exercising his inherent constitutional authority to control the executive branch as our “unitary executive.” Of course, what the Constitution says is that no money may be spent by the government without a congressional appropriation to support it, and those who wrote the Constitution understood perfectly well that the power of the purse was the means by which the English Parliament had brought that country’s chief executive, a pretender to inherent absolute power, under control. The official’s claim, then, was laughable. At this writing, the House again has before it a measure that would prohibit the use of government money to support regulatory policy officers;⁷³ the outcome this time around is not clear.

III. GUIDANCE AND OTHER FORMS OF SOFT LAW.

“Soft law” is a common phenomenon in any developed legal culture. Statutes and regulations invariably leave room for interpretation and discretion. This is perhaps especially the case when (as currently in the United States) it is thought preferable for the legal obligations of regulated industry to be expressed in general terms giving standards to be met (ends to be achieved), rather than as precise courses of conduct to be followed (“command and control”). Using standards rather than rules leaves room for the regulated to find the most efficient means of meeting the legal demands on its conduct. Absent considerations of morality, this is the course more consistent, as well, with human freedom.

If it is better for a manufacturer be told that it must achieve given levels of pollution control rather than told precisely what machinery to use, however, we can also expect the manufacturer to seek and value official guidance about means of doing so that government officials may already have determined will suffice to reach the proper levels. This does not exclude initiative to find a better way, but for those who perhaps lack the resources for such research it gives an assurance how to comply with their legal obligations. When I was General Counsel to the Nuclear Regulatory Commission, an entire bureau of the agency was charged with producing this kind of guidance about nuclear safety issues, where performance standards had

⁷³ “House Panel Trying Again to Block Spending On Bush-Appointed Regulatory Policy Officers,” BNA DAILY REPORT FOR EXECUTIVES, July 1, 2008, p. A-17.

been set by regulation. The regulations were adopted by the Commission itself; but the guidance documents were informally produced by staff, often in close discussions with those affected, under only the most general supervision of the Commissioners. The volume of guidance vastly exceeded the volume of regulations. One can find the same relationships at the Federal Aviation Administration, the Food & Drug Administration, or virtually any health-safety-environmental regulator attempting to regulate by providing standards to be met rather than precise courses of conduct to be followed.

Soft law created in the form of instructions to staff also provides some assurance of regularity in the behavior of government officials, benefitting both the regulated and agency leadership. If an agency depends on inspectors to accomplish its responsibilities in the field, both the agency's leadership and those whose premises get inspected will value the existence of instructions helping the instructors understand how they are to perform their duties. "Staff manuals" and similar instructions are public documents. Although not directly enforceable in judicial actions against street-level bureaucrats, they provide frameworks for citizen expectation, for management discipline, and for non-judicial correction of deviations.

Soft law also usefully emerges when the regulated seek governmental advice about proposed courses of conduct. How a given item is to be treated by customs officials, whether certain activities must be considered work time under federal fair labor legislation, what should be the tax treatment of various transactions, how a regulation of the National Highway Transportation Safety Administration requiring automobiles to contain airbags will be interpreted - these are all matters about which citizens may ask for government advice. If the public then can readily learn about this advice, it can influence their behavior. In the Information Age, such advice is widely available to the public; indeed, government officials are strongly encouraged - if not legally required - to make it present and readily searchable. And this seems normatively the better course, both as an enhancement of transparency and as a discouragement to covert favoritism or even corruption. While, again, one expects regularity of behavior and these developments encourage it, it would be excessive to make such advice, if given, a precedent enforceable on future occasions. That consequence would make officials refuse to advise, or at the least require elaborate bureaucratic clearances before doing so.

All this has been true for many years. With the increasing complexity of notice-and-comment rulemaking procedures, however, another element appears to have entered the picture: agencies using soft law in an effort to accomplish what one might expect to have been accomplished by the adoption of regulations. That is, as rulemaking becomes more "expensive," it appears that agencies have attempted to accomplish their ends at lower cost to themselves, where that seemed possible.⁷⁴

⁷⁴ The FDA, for instance, reduced the number of regulations it adopted by fifty percent from the early 1980s to the mid-1990s. During this same time period there was a corresponding dramatic increase in the number of guidance documents issued by the FDA - in the 1990s, the FDA released four times as many guidance documents per year than in the previous decade. See Todd D. Rakoff, *The Choice Between Formal and Informal Modes of Administrative Regulation*, 52 ADMIN. L. REV. 159, 167-68 (2000).

I have written extensively in another place about these developments, urging the importance of finding a means of preserving the valuable contributions soft law makes to legality while perhaps controlling these abuses.⁷⁵ Here it may suffice to note several ways in which the contrasts between regulations and soft law have been dealt with in recent American legal developments.

- When an agency adopts a *regulation* embodying a certain view of its constitutive statute, courts reviewing that view follow a regime that has become known as the *Chevron*⁷⁶ two- step. Initially they determine, independently (albeit with appropriate attention to all the traditional tools for ascertaining legislative meaning, which can of course include some respect for the manner in which responsible officials have treated it) whether the meaning assigned by the agency is a *possible* meaning, one that the language can support. Here one may say they are acting as “deciders” of a statutory issue. After concluding that the assigned meaning is a possible one, however, they become not deciders but overseers; the question at the second step is whether the particular meaning that the agency has assigned is a reasonable one – it being presumed that Congress has assigned that task to the agency. Courts are responsible to control the agency action for reasonableness, but they are also to respect the primary authority Congress has conferred on the agency.⁷⁷

Now suppose, however, that the agency reaches its interpretation not by adopting a regulation, but by some form of “soft law.” The agency is no longer exercising a delegated authority to “make law,” following defined public procedures. In a more recent case, *United States v. Mead Corp.*,⁷⁸ the Court essentially limited its *Chevron* approach to cases in which it could be seen that an agency was acting to make law following the means that Congress had designated for the purpose. In the “soft law” context (*Mead* itself involved relatively informal advice about the customs treatment of certain imports), the government’s view could be no more than a weight on the scales of an irreducibly judicial judgment, and the extent of that weight would depend on the variety of considerations that might make the agency view persuasive.⁷⁹ I find this contrast reasonable and easy to understand, but a reader of American legal literature would be astounded to find the extent

⁷⁵ Peter L. Strauss, *Publication Rules in the Rulemaking Spectrum: Assuring Proper Respect for an Essential Element*, 53 ADMIN. L. REV. 803 (2001).

⁷⁶ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

⁷⁷ Peter L. Strauss, *Overseers or “The Deciders”: The Courts in Administrative Law*, 75 U. CHI. L. REV. 815 (2008).

⁷⁸ 533 U.S. 218 (2001).

⁷⁹ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944) (“The weights [an agency’s] judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control.”).

to which *Chevron*, *Mead*, and other cases following on them are the subject of continuing and quite intricate dispute.⁸⁰

- Suppose the soft law involved is an agency interpretation, not of a statute but of the agency's own regulations – a situation that the introductory remarks to this section may persuade the reader is both inevitable and desirable. Long established judicial doctrine accords such interpretations extraordinary force; they must be accepted unless demonstrably unreasonable – outside the possibilities of the regulatory language, or the like.⁸¹ If one is thinking in terms of the locus of both responsibility and knowledge, this makes eminent sense. But it perhaps also creates a perverse incentive for agencies. When Congress legislates, delegating authority to an agency, it knows that it is giving up substantial power over future uses of that authority; this knowledge gives it an incentive to legislate as precisely and as fully as it can. But when an agency adopts a regulation that it may later interpret, it is giving up no such power. Some have seen in this reality an encouragement to “promulgate mush,” as one appellate judge colorfully put it, and then interpret and reinterpret these indefinite regulations as the occasion warrants, secure in the knowledge that possible interpretations will have to be accepted by a reviewing court.⁸²

How to respond to this unfortunate incentive? Professor John Manning has powerfully argued that the long established doctrine must be abandoned, as inconsistent with American ideas about separation of powers.⁸³ In its place, one should substitute an approach like that of *Mead*. The Court of Appeals for the District of Columbia, the country's premier administrative law court, has adopted a “one bite” rule – that a regulation once interpreted may not be reinterpreted without fresh notice and comment rulemaking. But one can see that this may substitute inappropriate rigidity for inappropriate flexibility, and other courts (including, it appears, the Supreme Court⁸⁴) have

⁸⁰ See, e.g., JERRY L. MASHAW, *GREED, CHAOS AND GOVERNANCE* (Yale Univ. Press 1999); Cynthia R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV. 452 (1989); Jonathan T. Molot, *The Judicial Perspective in the Administrative State: Reconciling Modern Doctrines of Deference with the Judiciary's Structural Role*, 53 STAN. L. REV. 1 (2000); Cass. R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, 90 COLUM. L. REV. 2071 (1990); Peter L. Strauss, *One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, 87 COLUM. L. REV. 1093 (1987); Peter L. Strauss, *Overseers or "The Deciders": The Courts in Administrative Law*, 75 U. CHI. L. REV. 815 (2008).

⁸¹ *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410, 414 (1945) (“the ultimate criterion is the administrative interpretation, which becomes controlling weight unless it is plainly erroneous or inconsistent with the regulation.”);

Thomas Jefferson Univ. v. Shalala, 512 U.S. 504 (1994), *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997).

⁸² *Paralyzed Veterans of Am. v. D.C. Arena L.P.*, 117 F.3d 579, 584 (D.C. Cir. 1997).

⁸³ John F. Manning, *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, 96 COLUM. L. REV. 612, 682-83 (1996).

⁸⁴ *Shalala*, 512 U.S. at 515.

accepted the possibility of reinterpretation in the same “soft law” form as the original. In my judgment, memorialized in the piece mentioned in beginning these observations about guidance,⁸⁵ the better approach is to treat all soft law interpretations, whether of statutory or regulatory commands, in the respectful but independent manner commanded by *Mead*. Additionally, one can imagine a court saying to an agency more readily than it could to Congress (for political reasons) that the agency had not been sufficiently diligent in creating the regulation being interpreted – that more detail was required for the regulation itself to be valid. This would respond to the “promulgate mush” issue, but one could fear it would open an inappropriate avenue for adventurous judges to insert their own politics; and to date no significant move in this direction appears in the cases.

- Another troublesome issue that has arisen with some frequency in the D.C. Circuit, less in other courts, responds to the perception that agencies are using soft law in circumstances that require regulations – i.e., the use of notice and comment procedures. When as a practical matter guidance will direct private conduct, that court has characterized it as “binding” – that is, as having the force of law and therefore requiring the procedures used to create regulations: notice and comment procedures. This approach imperils not only evasive but also beneficial uses of soft law. An agency must fear that every time it uses soft law that might influence private conduct, there is the risk that a court will think the influence so great as to require formal procedures.

Two regrettable consequences ensue. First, agencies become much more reluctant to give advice, creating realms of secret “law” and depriving the public of the regularity that attends knowing how an agency expects it to act. Second, when they do give advice, agencies may announce that their advice cannot be relied upon, in an effort to protect themselves from being told the advice required notice-and-comment rulemaking procedures.⁸⁶ Why would one wish either of these outcomes?

⁸⁵ Peter L. Strauss, *Publication Rules in the Rulemaking Spectrum: Assuring Proper Respect for an Essential Element*, 53 ADMIN. L. REV. 803 (2001).

⁸⁶ *Appalachian Power Co. v. E.P.A.*, 208 F.3d 1015, 1022 (D.C. Cir. 2000) (“the elements of the Guidance petitioners challenge consist of the agency’s settled position, a position it plans to follow in reviewing State-issued permits, a position it will insist State and local authorities comply with in setting the terms and conditions of permits issued to petitioners, a position EPA officials in the field are bound to apply.”). One may contrast the announcement posted on the web site of the National Highway Transportation Safety Administration: “NHTSA’s Chief Counsel interprets the statutes that the agency administers and the regulations that it promulgates. The Chief Counsel’s interpretations, issued in the form of letters responding to questions from the motor vehicle industry and the public, represent the definitive view of the agency on the questions addressed and may be relied upon by the regulated industry and members of the public. Besides being accessible online, these interpretations are also available to the public in the agency’s technical reference library in Washington.” <http://www.nhtsa.dot.gov/portal/site/nhtsa/menuitem.4d1e17245efafde89ec0f210dba046a0/> This is a desirable outcome; but it runs the risk of having the interpretations characterized as “binding” and consequently requiring notice and comment procedures for their adoption.

Almost all of the cases requiring the use of notice and comment procedures rather than soft law, in my judgment, could as readily have been decided on their substantive merits. That is, the cases could usually have been resolved not on the grounds of procedural insufficiency, but more simply on the ground that the existing body of regulations and statutes did not support the guidance being given. The likely influence of the advice on private conduct should be taken as a signal, not that more rigorous procedure is required for giving it, but rather that judicial review of the merits of the advice is appropriate. The analogy would be to declaratory judgment procedures, or the regular practice of pre-enforcement review of regulations discussed above. Courts have tended to deny, however, that “proper” guidance is “final agency action,” or action “ripe” for judicial review – two characterizations required for judicial review to be obtained. Then only the grounds of procedural insufficiency remain. Some cases have seen their way past these barriers in an intelligent way,⁸⁷ however. In my judgment, this approach poses much less of a threat to continued use of a regulatory tool that, as discussed above, often has very great value to the public as well as to agency leadership.

- Much healthier responses to “soft law” issues have been emerging in recent years. Agencies have often engaged those who will be affected by soft law in discussions about it – an informal adaptation of “notice and comment” procedures without the elaborations of recent years. For the Food and Drug Administration, “Good Guidance practices” of this order have been statutorily required.⁸⁸ OMB has been administratively encouraging such practices for all significant guidance, establishing guidelines for federal agencies to follow when creating and disseminating important guidance.⁸⁹ Part of these guidelines state that agencies must provide easy access to a list of all of an agency’s significant guidance documents in electronic form. Through the Internet, then, much data about agency views is readily available through a brief computerized search that years ago might have required hours of expensive professional time to discover, perhaps less reliably.

In addition to its contestable politicizing provisions, such as the heightened powers given regulatory policy officers, President Bush’s recent amendments to EO 12,866, EO 13,422, not only established the requirements just mentioned, nailing down the accessibility of this important information, but also added major guidance documents to the list of agency actions requiring impact analysis procedures. The general reaction to these aspects of the order, in comparison with the others already mentioned, has been quite favorable.

⁸⁷ See *National Automatic Laundry & Cleaning Council v. Shultz*, 443 F.2d 689 (D.C. Cir. 1971); *Floersheim v. Weinburger*, 346 F. Supp. 950, 954-55 (D.D.C. 1972).

⁸⁸ 21 U.S.C. § 371(h).

⁸⁹ Guidelines for Ensuring and Maximizing the Quality, Objectivity, Utility, and Integrity of Information Disseminated by Federal Agencies, 67 Fed. Reg. 369 (Office of Mgmt. and Budget, Jan. 3, 2002).

Even such slight and readily justified measures, of course, impose costs of time and resources on agencies that are increasingly challenged to find the means with which to fulfill their statutory mandates. Budgetary stringencies and the increasing complexity and sensitivity of tasks agencies are asked to accomplish give what appear to be sound policy development measures like these as well as those concerning risk assessment or peer review of scientific judgments in the regulation context - a double edge. In the different context of mass programs for individual benefits, commentators have written of the need to find "flivver"⁹⁰ justice, where the "Rolls Royce" model is unsustainable. The same challenges exist here.

⁹⁰ A flivver is an aging automobile, that was probably quite cheap even when new - a Citroen 2V, for example.

CUARTA PONENCIA

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL EN LA “UNIÓN ADMINISTRATIVA EUROPEA”

Procedimiento administrativo español en la “Unión Administrativa Europea”*

FRANCISCO VELASCO CABALLERO
Universidad Autónoma de Madrid

I INTRODUCCIÓN

Una explicación tópica, pero extendida en Derecho comunitario, viene distinguiendo entre dos formas de aplicación administrativa de las normas comunitarias. Por la propia Administración comunitaria (*aplicación directa*); o por las Administraciones nacionales (*aplicación indirecta*). Pero esta clasificación no ha sido nunca precisa ni exacta. Viene ya de atrás la inserción orgánica de los Estados miembros en la Administración comunitaria; ahí están los bien conocidos fenómenos de la “comitología”, o de la participación nacional en diversas agencias comunitarias. También eran ya conocidos diversos supuestos de procedimientos administrativos “en cascada”: en la ejecución presupuestaria y en la ordenación de los mercados agrarios. Esto es: procedimientos administrativos comunitarios o nacionales abiertos a la participación relevante (mediante consultas o poder de codecisión) de otras organizaciones públicas (Comunidad europea o Administraciones nacionales). Los fenómenos descritos se van generalizando. Y van siendo objeto de categorización académica. Primer se ha hablado de *Administración mixta* (como *tertium genus* junto a la Administración comunitaria [directa] y la Administración nacional [indirecta])¹. En tiempos más recientes se habla de “unión administrativa europea”, transmitiendo con ello una idea parcialmente novedosa: que no hay propiamente tres formas de Administración comunitaria (directa, indirecta y mixta) sino un modelo alternativo y novedoso de Administración europea, que siempre incluye, en mayor o menor medida, instrumentos cooperativos entre las diversas Administraciones nacionales y la Administración comunitaria². Esto es: la Administración al servicio del Derecho y las políticas públicas europeas es siempre una Administración cooperativa; una “unión administrativa”.

En este contexto teórico general se ubica el presente estudio. Se plantea, como cuestión crecientemente actual y relevante, la posición y función del procedimiento

* El presente trabajo, como los que se publican en este volumen, tiene su origen en el seminario internacional celebrado en Mazagón, Huelva, en septiembre de 2007 (Proyecto de Investigación SEJ-740), bajo la dirección de J. Barnes.

¹ Así, S. GALERA, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid, p. 29.

² M. RUFFERT, “De la europeización del Derecho administrativo a la unión administrativa europea”, en F. VELASCO CABALLERO y J.-P. SCHNEIDER, *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 87 y ss.

administrativo español en un marco general de cooperación o “actuación administrativa en red”. El procedimiento administrativo español, diseñado para la aplicación subsuntiva del Derecho español, se abre ahora al Derecho y a las decisiones administrativas de otros Estados o de la Unión Europea. Fenómenos con el “acto administrativo transnacional”, las consultas entre Estados miembros previas a las resoluciones administrativas nacionales, o el tránsito de información entre Administraciones por redes y bancos de datos dan un sentido nuevo al procedimiento administrativo español. Y obligan a solucionar algunas preguntas en clave de Estado de Derecho: ante quién se impugnan las decisiones administrativas adoptadas en un Estado miembro y ejecutadas en otro; cuál es el umbral de posible control jurisdiccional de resoluciones administrativas nacionales vinculadas por informes o consultas externas; qué Estado responde patrimonialmente de daños producidos por una Administración nacional que actúa al servicio de otra Administración nacional o de la Comisión. De todo ello trata este estudio.

II. PARTICIPACIÓN DE OTRAS ADMINISTRACIONES NACIONALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

En algunos ámbitos de competencia comunitaria, como la inmigración, la seguridad de productos industriales y alimentarios, o el arancelario, es ya nota común la participación o integración de uno o varios Estados miembros en el procedimiento tramitado por otro Estado miembro.

- a) Así ocurre, en el ámbito arancelario, con la consulta a los demás Estados, previa al reconocimiento a una empresa del estatuto de “operador económico autorizado”³.
- b) También el Derecho migratorio europeo ofrece diversos ejemplos de participación de un Estado miembro en el procedimiento de otro Estado europeo. Así, la Instrucción Consular Común enuncia una serie de supuestos en los que el Estado receptor de una petición de visado debe formular consulta previa a otros Estados miembros⁴ (téngase en cuenta que el visado expedido por un Estado miembro permite la estancia de hasta tres meses en cualquier otro Estado de la Unión)⁵. La misma Instrucción Consular Común establece que el permiso de residencia regulado en el art. 25.1 del Convenio para la aplicación del Acuerdo Schengen, permiso que expide un

³ Art. 5 bis del Código Aduanero Comunitario.

⁴ Apartado II.2.2 de la Instrucción Consular Común. Más detalles, en F. VELASCO CABALLERO, “Organización y procedimientos de la “Unión administrativa europea” en materia de fronteras, asilo e inmigración”, en F. VELASCO CABALLERO y J-P. SCHNEIDER, *La unión administrativa europea*, pp. 241 y ss.

⁵ Originariamente, art. 2.1 CAS, hoy sustituido por el art. 20 del Reglamento n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de fronteras (Código de fronteras Schengen). En extenso, antes de la reforma: J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002, p.157.

Estado miembro, pero con eficacia en el resto de la Unión, puede ser objetado por otro Estado europeo. Para garantizar este poder de objeción, la Instrucción Consular Común dispone que el Estado donde se recibe la solicitud de permiso “consultará previamente a la parte contratante informadora requirente y tendrá en cuenta los intereses de ésta; el permiso de residencia sólo podrá ser expedido por motivos serios, especialmente de carácter humanitario, derivados de obligaciones internacionales”⁶. En conclusión: en ámbitos como el Derecho migratorio, donde las decisiones de cada Estado resultan muy relevantes para los demás Estados, el Derecho comunitario no sólo *uniformiza* la actuación administrativa de los Estados, también salvaguarda los intereses de los diversos Estados mediante *derechos de participación o consulta* en procedimientos ajenos.

La regulación comunitaria descrita presenta una notable incidencia sobre el procedimiento administrativo español. Inserta en los procedimientos nacionales un trámite necesario: la consulta a otra Administración nacional. Este imperativo de consulta ha de realizarse por las formas propias del procedimiento español, siempre que éstas sean adecuadas para el fin propio de la norma europea. En este sentido, la consulta a otra Administración nacional europea ha de tratarse como “informe”, en vez de como “audiencia”, a los efectos de lo establecido en la LRJ-PAC. En consecuencia, el régimen de formulación de la consulta sería el del “informe” regulado en los arts. 82 y ss. LRJ-PAC). Ello, claro es, salvo que la norma comunitaria disponga expresamente algo en contrario (por ejemplo, mediante la fijación de términos finales precisos para la emisión de la consulta) o salvo que la aplicación del régimen del “informe” español resulte en sus efectos incompatible con el fin de la norma comunitaria. En este caso, la Administración española no sólo ha de dejar de aplicar la regulación procedimental española sino que, incluso, ha de “*crear*” el *régimen del trámite procedimental en cuestión*. Se trata de una situación similar -*mutatis mutandi*- a la existente en Derecho procesal interno cuando el principio de tutela judicial efectiva exige la existencia de un trámite o garantía procesal no contemplada expresamente en la Ley; para esos casos, el Tribunal Constitucional tiene declarado que al aplicador del Derecho (en ese caso, el Juez o Tribunal) corresponde articular (vale decir, crear) el instrumento procesal no previsto en la Ley, pero necesario para garantizar la tutela judicial⁷. Esta misma idea bien se puede trasladar al ámbito procedimental administrativo: allí donde la Ley española carece de un determinado instrumento procedimental (en su caso, porque el existente es inidóneo para la aplicación del Derecho comunitario) corresponde al órgano administrativo la creación “*ex novo*” y para el caso concreto de ese instrumento procedimental. En el supuesto descrito se observa cómo el Derecho comunitario, sin sustituir propiamente al procedimiento español, exige de éste una interpretación “flexible” o “innovadora”; incluso de normas procedimentales que en el ámbito nacional no admiten excepción o modalización.

⁶ Anexo 14.3 de la Instrucción Consular Común.

⁷ SSTC 53/1992 y 3/2001, FJ 3.

Otra incidencia del trámite de consulta exterior tiene que ver con el contenido de la decisión. El “informe” o consulta a otra Administración nacional europea es un elemento de juicio que ha de ser tenido adecuadamente en cuenta en la resolución administrativa española. La eficacia de estos derechos de participación consiste, en ocasiones, en la restricción de la discrecionalidad (u opción) de la Administración decisora. Y, en todo caso, la participación de un tercer Estado miembro reclama - trasladando aquí lo regulado en el art. 54.1 c) LRJ-PAC una motivación reforzada de la Administración nacional decisora. En los casos en que el “informe” o “consulta” externa resulte determinante de la resolución administrativa española surgen dudas en cuanto al régimen de responsabilidad patrimonial y de control judicial. Fijo aquí como punto de partida que responsabilidad patrimonial y control judicial deben tener respuestas diferentes⁸.

- a) En el ámbito de la *responsabilidad patrimonial extracontractual* se pueden seguir criterios de imputación ligados a la generación causal del daño⁹. Ello permite con facilidad la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración decisora española, en la medida en que su actuación es en todo caso condición causal necesaria del daño. Y no excluye, de otro lado, la posible exigencia de responsabilidad patrimonial ante otro Estado (el que emitió el “informe” determinante). Se puede admitir, en estos casos, la “*solidaridad de las Administraciones europeas* en la responsabilidad¹⁰: una responde por todas, sin que la exigencia ante una haga precluir la acción ante otra; y, eso sí, sin que se puedan acumular dos indemnizaciones por los mismos hechos (enriquecimiento injusto). Lo normal ha de ser, ciertamente, que la acción de responsabilidad se dirija directamente contra la Administración española, que aparece como *decisora ante el ciudadano*. Pero ello no tiene por qué excluir (en el ámbito de una institución jurídica como es la responsabilidad extracontractual, que parte de la imputación causal del resultado de la conducta) la posibilidad de exigir indemnización a otra Administración co-partícipe cualificada en la causación del daño. Esta conclusión puede tener especial sentido en el Derecho migratorio, donde el solicitante de visado o permiso de residencia en España bien puede tener residencia actual en otro país europeo (y por tanto estar en mejor posición procesal ante la Administración de su residencia actual).
- b) Distinto puede ser el régimen de *tutela judicial* frente a una resolución administrativa española predeterminada o condicionada por un “informe” externo, de otra Administración europea. La resolución administrativa es, por definición, impugnabile ante los Tribunales contencioso-administrativos

⁸ Otro planteamiento (tratamiento homogéneo de ambas instituciones), en J. HOFMANN, “Rechtschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund”, en E. SCHMIDT-ASSMANN und B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 354 y ss.

⁹ Similar: M. RUFFERT, “Von der Europäisierung des Verwaltungsrechts zum Europäischen Verwaltungsverbund”, en *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 18 (2007), pp. 761 y ss (p. 769).

¹⁰ Como posibilidad, entre otras, J. HOFMANN, *Rechtschutz...*, p. 377-378.

españoles. Pero cuando el contenido de la decisión viene estrechamente condicionado (reglado) por una resolución nacional externa, resulta paradójico todo enjuiciamiento de la decisión nacional. Al mismo tiempo, resultaría inadecuado, desde el derecho y principio de tutela judicial efectiva (tanto español como comunitario), remitir al interesado ante la Jurisdicción administrativa del Estado miembro consultado (donde, por lo demás, lo normal es que no se dieran los requisitos procesales para una impugnación). Supuestos como el descrito muestran a las claras que la actual regulación de la Jurisdicción contenciosa no está preparada para la integración procedimental de las distintas Administraciones europeas. En situaciones como las descritas la primacía de la tutela judicial (art. 106.1 y 24.1 CE) debe llevar al *pleno conocimiento judicial de la resolución española*, aun condicionada o predeterminada por una consulta o “informe” externo. Con carácter general, la Administración recurrida ha de ser la que “actúa ante el ciudadano”¹¹. En ese control judicial se ha de fiscalizar la conformidad de la resolución española con el Derecho comunitario. Y en ese juicio se puede valorar *si la autoridad española ha ponderado en exceso*, a la luz del Derecho comunitario, el “informe” de otra autoridad nacional europea. Como elemento valorativo instrumental puede el Tribunal español tomar en consideración el nivel de adecuación del “informe” externo con el Derecho comunitario¹², precisamente para determinar cuál debía ser su relevancia real en el procedimiento administrativo español. De esta forma se llega, no lo niego, al enjuiciamiento indirecto –en España de un “informe” externo (de otra Administración europea). Pero se trata, en todo caso, de un juicio instrumental, sin ejercicio de jurisdicción sobre otro Estado miembro. Y, en esa medida, no objetable desde el Derecho comunitario. Se traslada aquí, en suma, la distinción entre “examen de validez” y “declaración de invalidez” con la que el TJCE precisa el alcance de la jurisdicción nacional respecto de una Decisión singular de la Comisión: el juez nacional puede “examinar la validez del acto comunitario, pero carece de la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias”¹³. Cuestión bien distinta es que con este proceder judicial el Estado español pueda incumplir los objetivos del Derecho europeo (así, la relevancia que le concede al informe externo) en cuyo caso estaremos ante un incumplimiento de Estado reconducible –al menos en hipótesis a la jurisdicción del TJCE *ex art. 227 TCE*.

¹¹ J. HOFMANN, *Rechtschutz...*, p. 379.

¹² En este punto coincide M. RUFFERT, *Von der Europäisierung...*, p. 769.

¹³ STJCE de 22 de octubre de 1987, as. Foto-Frost (c-314/85).

III. PARTICIPACIÓN COMUNITARIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

Diversas razones hacen necesario que la Unión Europea participe en procedimientos administrativos españoles. En ocasiones esta participación sirve para coordinar posibles procedimientos paralelos de la Comisión y un Estado miembro, como en materia de concentraciones de empresas¹⁴. Otras veces, esa participación es una forma de vigilancia: bien en ámbitos de intensa regulación e intervención administrativa comunitaria (tal es el caso de las ayudas de Estado¹⁵); bien en ámbitos donde se da ha dado una amplia descentralización aplicativa, a favor de los Estados miembros (como en materia de competencia¹⁶). No es infrecuente que mediante informes o dictámenes la Comisión predetermine el contenido de una decisión nacional¹⁷. El fundamento formal de las intervenciones administrativas de la Comisión está en su función general de vigilancia sobre la aplicación del Derecho comunitario (art. 211 TCE), lo que en ocasiones se ha tachado como base jurídica insuficiente para el alto nivel de intervención de la Comisión en algunos sectores¹⁸. La participación de la Comisión no tiene lugar al margen del procedimiento administrativo nacional sino, precisamente, en el curso de ese procedimiento. Es importante destacar la “inserción” de la participación administrativa comunitaria en el procedimiento administrativo nacional porque es en el marco de este procedimiento donde cobran sentido las actuaciones comunitarias. Valgan dos ejemplos: uno de ayudas de Estado y otro de control de concentraciones empresariales.

- a) Para otorgar una *ayuda de Estado relevante* (ex art. 93 TCE) se aplica la legislación procedimental sectorial y/o el Derecho procedimental general de la LRJ-PAC. Es en el seno de este procedimiento nacional donde se lleva a cabo la “notificación” de la posible nueva ayuda a la Comisión (art. 2.1 del Reglamento (CE) 659/1999) y donde se recibe la conformidad (pura o condicionada) o disconformidad de la Comisión. Esa decisión de la Comisión ha de tomarse, en el procedimiento administrativo español, como un “informe” preceptivo (art. 82 LRJ-PAC) y determinante de la resolución administrativa nacional (art. 83.3 LRJ-PAC), aunque obviamente no ha de emitirse en el plazo general de diez días que establece el art. 83.2 LRJ-PAC, sino en el de dieciocho meses que fija el art. 7.6 del Reglamento (CE) 659/1999, lo que no impide -conforme al art. 83.3 LRJ-PAC la realización de otros trámites procedimentales durante ese lapso. Como se ve con este ejemplo, las normas procedimentales del Reglamento 659/1999 por

¹⁴ Reglamento (CE) 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones de empresas.

¹⁵ Reglamento (CE) 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo.

¹⁶ Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado. Véase: J. A. FUENTETAJA, *La Administración europea*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 455.

¹⁷ J. A. FUENTETAJA, *La Administración europea*, p. 387.

¹⁸ S. GALERA, *La aplicación...*, p. 69.

un lado se imponen sobre las españolas pero, al mismo tiempo, toman su sentido pleno en el seno del procedimiento administrativo español (que en todo caso completa la regulación procedimental siempre fragmentaria del Derecho comunitario).

- b) En la regulación comunitaria sobre *concentraciones de empresas* (Reglamento (CE) 139/2004, del Consejo) se prevé que cuando una concentración comunicada a la Comisión se refiera a un “mercado definido” y exista amenaza de “afectar de forma significativa a la competencia en un mercado de ese Estado miembro”, la Comisión puede optar entre tramitar directamente el asunto o remitirlo “total o parcialmente a las autoridades competentes del Estado miembro en cuestión a fin de que se aplique su normativa nacional en materia de competencia” (art. 9.3 del Reglamento (CE) 139/2004). Qué significado tenga esta “remisión” no lo determina el Reglamento comunitario, pero sí encuentra respuesta en el Derecho procedimental español: se trata de una “petición razonada” de iniciación de un procedimiento administrativo, formulada por un órgano administrativo distinto del competente en la materia (art. 69.1 LRJ-PAC). Si éste es el encaje de la norma europea en el procedimiento administrativo español, habrá que concluir que la “remisión” europea no impone al órgano español (Comisión de Defensa de la Competencia) la iniciación del procedimiento administrativo, pues precisamente eso es lo que establece el art. 69.1 LRJ-PAC para la “petición motivada” procedente de otro órgano administrativo.

En casos como los descritos se pueden plantear dudas sobre el régimen de responsabilidad (por daños) y sobre el control judicial de la actuación nacional y comunitaria. Por de pronto, no se dan aquí las premisas sobre las que actúa el llamado “principio de separación” que, partiendo de la distinción entre la regulación (comunitaria) y su aplicación (nacional), reconduce al ámbito de cada Estado la responsabilidad y el control judicial derivado de la actuación administrativa para la aplicación del Derecho Comunitario¹⁹. Para estos casos, y de forma similar a lo que ya se dijo sobre la participación de otros Estados miembros en un procedimiento administrativo nacional, hay que distinguir entre el régimen de responsabilidad patrimonial pública, que se puede regir por criterios causales de imputación (lo que permite al interesado exigir la reparación del Estado miembro o de la Comunidad²⁰), y el régimen de control judicial, que tendencialmente ha de hacerse por la jurisdicción nacional con competencia sobre la resolución administrativa final (lo que precisamente garantiza la vigencia del principio de tutela judicial efectiva).

¹⁹ STJCE de 26 de noviembre de 2002, as. First NV, c-275/00.

²⁰ La posibilidad de exigir una indemnización por daños frente a la Comisión, en la STJCE de 15 de enero de 1987, as. Krohn (c-175/84): La Administración alemana había denegado una licencia de importación (conforme al Reglamento CE núm. 2029/82) por la oposición formal de la Comisión (posibilidad prevista en el mencionado Reglamento).

IV. ELABORACIÓN DE INFORMACIÓN EN EL EXTERIOR

En algunos sectores de regulación europea (como el Derecho de la seguridad, Derecho migratorio y Derecho de la competencia) se observa una *intensa dependencia* de las resoluciones administrativas nacionales respecto de la información elaborada u obtenida en otro Estado miembro. Como formas típicas de este fenómeno tenemos los bancos y/o redes de datos y las conexiones administrativas directas mediante los llamados “funcionarios de enlace”. Los fenómenos descritos tienen especial relevancia teórica en un tiempo –el actual en el que se acentúa la comprensión del procedimiento administrativo como instrumento para el intercambio de información²¹.

En materia de *seguridad e inmigración* son varios los bancos de datos de dimensión europea: El Sistema de Información Schengen (actualmente, en su versión de “segunda generación”²²), el Sistema de Información de Visados (VIS)²³; y EURODAC (en materia de asilo)²⁴. Los sistemas de información mencionados presentan regulaciones diferentes aunque con un tronco común. Lo que diferencia a todos ellos es, básicamente, el *nivel de autonomía y control de los Estados miembros sobre la información* que insertan y reciben del sistema integrado de información. En todos estos sistemas se parte de la existencia de distintos bancos nacionales de datos y, conectado a ellos, un banco centralizado (europeo) de datos, gestionado o custodiado por autoridades europeas, que recibe y elabora las informaciones recibidas de los bancos de información nacionales. Cada uno de los Estados puede –o debe acceder al sistema de información centralizado y extraer de él los datos relevantes para la resolución de un asunto de su competencia. La cuestión procedimental más importante, en todos estos casos, es la *relevancia de la información externa en el procedimiento administrativo nacional*: piénsese en la denegación de visados o permisos de residencia basados en lo que pueda resultar de los sistemas SIS (II) o VIS; o en la expulsión de extranjeros a partir de la información del SIS (II). Es más, para el futuro se propone la integración de los distintos sistemas de información y su puesta al servicio no sólo de la seguridad sino también de la selección óptima de los inmigrantes cualificados²⁵. La importancia de la información (externa) en estos procedimientos (nacionales) lógicamente debería ir acompañada de un *especial rigor en la inclusión de los datos*. Y sin embargo esto no es así. La información que se incluye en el sistema SIS es –y difícilmente puede ser de otra manera solamente indiciaria o hipotética. Así, la inclusión de una persona en el sistema SIS (II)

²¹ J. Barnes, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en J. BARNES (editor), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2007, pp. 263 y ss., p. 308.

²² Reglamento (CE) 2424/2001, del Consejo, de 6 de diciembre, sobre el desarrollo del Sistema de Información Schengen de segunda generación.

²³ Decisión 2004/512/CE, del Consejo, por la que se establece el Sistema de Información de Visados.

²⁴ Reglamento 2725/2000 (CE), del Consejo, de 11 de diciembre.

²⁵ *Plan de política en materia de emigración legal*, COM (2005) 669 final, p. 8.

se puede basar en simples “indicios” negativos (desde el punto de vista de la seguridad) de un Estado²⁶. Seguramente que en estos casos no es posible proyectar más rigor o garantías en la fase de *elaboración* de la información. Por eso, resulta necesaria una interpretación adecuada (conforme con el principio nacional de Estado de Derecho) del procedimiento administrativo -nacional en el que se recibe la información externa. Fundamentalmente, en lo que se refiere al trámite de audiencia, a la propuesta y práctica de la prueba, a la valoración de los elementos probatorios y a la motivación de las decisiones administrativas. Se trata de *no vincular indefectiblemente la decisión nacional a la información externa*, sino de integrar la información como un instrumento útil y adecuado para la aplicación subsuntiva de la norma a casos concretos.

En *Derecho de la competencia*, el actual Reglamento CE 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, promueve la cooperación e integración de las Administraciones nacionales para la aplicación del Derecho de la competencia codificado en los arts. 81 y 82 TCE. El objetivo del nuevo Reglamento es que las Administraciones nacionales apliquen ordinariamente el Derecho comunitario de la competencia, dejando a la Comisión sólo los asuntos de más relevancia. La descentralización vertical en esta materia lleva aparejados múltiples instrumentos de cooperación entre los Estados miembros (entre sí y con la Comisión). En lo que ahora importa, el Reglamento (CE) 1/2003 *favorece la obtención de información en el exterior*, para ser utilizada en un procedimiento administrativo nacional (en España, conforme a la Ley 15/2007, de 3 de julio). Según el art. 12.1 del Reglamento (CE) 1/2003: “...La Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros deberán estar facultadas para procurarse entre sí y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de Derecho, incluida la información confidencial”. Complementariamente, el art. 22.1 del Reglamento (CE) 1/2003 prevé la práctica de inspecciones por un Estado miembro (en su propio territorio) en beneficio de otro Estado miembro²⁷. En ambos casos, la promoción de la información externa sólo tiene límites expresos en el caso de que afecte a personas físicas (no jurídicas). Sólo para las personas físicas exige el art. 12.3.2 del Reglamento (CE) 1/2003 que “la información intercambiada con arreglo al apartado 1 únicamente podrá utilizarse como medio de prueba para imponer sanciones a las personas físicas: (...) cuando la información se haya obtenido respetando el mismo nivel de protección de los derechos de defensa de las personas físicas que el que establezcan las normas nacionales de la autoridad receptora (...)”. A partir de esta regulación

²⁶ Art. 96.2 b) del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Véase la crítica de J MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, *La Inmigración...*, p. 146.

²⁷ Art. 22. 1 Reglamento CE 1/2003: “Una autoridad de competencia de un Estado miembro podrá proceder en su territorio a realizar cualquier inspección u otra medida de investigación de los hechos al amparo de su Derecho nacional en nombre y por cuenta de la autoridad de competencia de otro Estado miembro, con el fin de demostrar la existencia de una infracción del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado. Cualquier intercambio y utilización de la información recopilada se llevará a cabo en aplicación del artículo 12”.

no cabe duda de que la información obtenida por la Administración en el exterior sólo puede gozar de verdadero valor probatorio (y determinante de una sanción nacional de competencia) si se respetan las *garantías de defensa del interesado en el procedimiento*; y para ello es necesario que el presunto infractor pueda objetar la forma de obtención de la información, y su propio contenido. Esto supone, al menos, un deber especial de información y motivación, a cargo de la Administración española, sobre la forma de obtención de aquella información por parte de otra Administración nacional. En el caso de las personas jurídicas el Reglamento (CE) 1/2003 no incluye, según se ha visto, ninguna garantía procedimental específica. Pero incluso en estos casos no es necesario afirmar que el Reglamento comunitario ha desplazado las reglas procedimentales de defensa propias del procedimiento administrativo español. Sin restar eficacia al Reglamento comunitario se puede afirmar que el valor probatorio de la información externa (que no se cuestiona) no es una conclusión que pueda predicarse “a priori” de toda información procedente de otra Administración. Un enunciado normativo como el del art. 12.1 del Reglamento (CE) 1/2003 significa, más bien, que la información externa es “apta” o “idónea” para desplegar efectos probatorios siempre que de otra prueba en contrario, practicada conforme al procedimiento administrativo nacional, no resulte otra cosa. En otras palabras, el valor probatorio de la información exterior, al que se refiere el art. 12.1 del Reglamento 1/2003 no significa “prueba tasada” sino, más bien, “prueba idónea”. De esta manera se inserta una regulación procedimental comunitaria en el contexto sistemático de un procedimiento administrativo, como el español, estrechamente vinculado al principio de Estado de Derecho (y con ello, a las garantías procedimentales sobre sanciones que resultan del art. 24 CE).

Finalmente, el Derecho de la seguridad con frecuencia prevé y regula los llamados “funcionarios de enlace”²⁸, a través de los cuales tiene lugar la obtención de información en el exterior, siendo así que esa información puede ser determinante para un procedimiento administrativo nacional. El “funcionario de enlace” es un agente nacional insertado en otra Administración europea, con el cometido de facilitar el tránsito de información directo entre las dos Administraciones nacionales. Mediante el “funcionario de enlace” una Administración nacional puede acceder a información sensible o confidencial o a indicaciones y datos no formalizados aunque conocidos en otras Administraciones nacionales. Una parte de esa información puede recalar luego en un procedimiento administrativo nacional. Y el problema que se plantea entonces es la *opacidad en la forma de obtención de esa información*, lo que dificulta su posible refutación en el procedimiento administrativo. Precisamente por ello, la información obtenida por medio de “funcionarios de enlace” se muestra inadecuada para su inserción en un procedimiento administrativo regido por las garantías del Estado de Derecho.

²⁸ Art. 47 del Convenio para la ejecución del Acuerdo de Schengen. Decisión del Comité Ejecutivo Schengen, de 29 de abril de 1995, sobre posibles actividades de cooperación policial directa (SCH/Comexe (99) 18). Acción común 96/002/JAI, de 14 de octubre. En materia de refugiados: art. 35 de la Decisión 2004/83/CE, del Consejo, de 25 de abril. Véase: F.J. CARRERA, *La cooperación policial en la Unión Europea: acervo de Schengen y Europol* Colex, Madrid, 2003, pp. 78-80.

V. LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL AL SERVICIO DE OTRAS ADMINISTRACIONES NACIONALES EUROPEAS

En ocasiones, el Derecho comunitario centra su preocupación sobre la actividad aplicativa en la eficacia de las resoluciones administrativas más allá del Estado en que se dictan. Partiendo de la unicidad del espacio jurídico europeo, el Derecho comunitario derivado promueve, en diversos ámbitos sectoriales, la *eficacia de las resoluciones administrativas nacionales más allá de sus fronteras* ordinarias. Estamos aquí ante lo que se denomina ya generalizadamente como “acto administrativo transnacional”²⁹. Es una manifestación de lo que, desde la perspectiva de la “Unión Administrativa Europea” se conoce como “descentralización horizontal”³⁰. Luego veremos ejemplos en materia arancelaria, de inmigración o de seguridad de productos. Esa ampliación presenta, desde la perspectiva de la Administración nacional, receptora de la resolución administrativa externa (de otro Estado miembro), dos manifestaciones típicas. En unos casos la Administración nacional receptora viene obligada a un simple “aquietamiento” o reconocimiento pasivo. Esto es, a *no interferir en la eficacia de la resolución administrativa externa*, que ha de desplegar en el Estado receptor los mismos efectos que ordinariamente corresponden a la resolución nacional en el Estado en el que se dicta. En otros casos, la imposición del reconocimiento de las resoluciones ajenas comporta para la Administración nacional receptora el ejercicio de *funciones de ejecución o de cumplimiento material*. En el primer caso, el procedimiento administrativo nacional pierde su función característica (elaboración de la decisión administrativa). En el segundo caso, la función aplicativa nacional se concentra en una concreta actividad procedimental (la de ejecución).

En ambos supuestos, el reconocimiento recíproco y automático de resoluciones administrativas va acompañado de un *alto nivel de uniformización normativa* en los criterios y los procedimientos para la adopción de las resoluciones administrativas nacionales. Así ocurre, desde luego, en materia arancelaria, de tráfico rodado y de visados. En el caso de los visados, por ejemplo, el reconocimiento de eficacia jurídica directa a los visados de los Estados miembros en toda la Unión se acompaña de diversas normas comunitarias sobre el contenido de las decisiones nacionales (así, listas de terceros Estados cuyos nacionales están exentos u obligados a obtener visado³¹) o sobre organización y procedimiento: la Instrucción Consular Común contiene normas sobre organización de las Administraciones

²⁹ J. BECKER, “Der Transnationaler Verwaltungsakt”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2001, pp. 855 y ss.

³⁰ J-P SCHNEIDER, “Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung-Bilanz und Ausblick” *Europarecht* núm. 2/2005 (número monográfico), pp. 141 y ss (p. 142); J. BAST, “Transnationale Verwaltung des europäischen Migrationsraums. Zur horizontalen Öffnung der EU-Mitgliedstaaten.”, en *Der Staat*, núm. 46 (2007), pp. 1 y ss (pp. 16 y ss).

³¹ Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. El listado mencionado ha sido modificado en varias ocasiones con posterioridad a 2001

nacionales (como normas de cooperación de las Administraciones consulares: apartado VIII.1) o sobre el procedimiento (como plazos máximos de comunicación entre las oficinas consulares de un Estado y las oficinas centrales del Estado: apartado V.2.3 f); cautelas en la custodia de la solicitudes: apartado VII.1; o contenido de la motivación, en caso de denegación: apartado V.2.4). Más desarrollada está la reglamentación procedimental comunitaria del derecho de asilo, donde se establecen normas para la selección del Estado competente para la tramitación de una solicitud³².

1. Respeto a resoluciones administrativas externas.

Supuestos de resoluciones externas a las que debe “aquietarse” la Administración nacional los tenemos, por ejemplo, en materia de aranceles. De acuerdo con el art. 250 del Código Aduanero Comunitario las decisiones y comprobaciones arancelarias realizadas por un Estado miembro tienen los mismos efectos jurídicos que las realizadas por cualquier otro Estado miembro³³. Algo similar se puede decir sobre el reconocimiento automático de *permisos de conducción*³⁴: el reconocimiento impuesto por el Derecho comunitario es eficaz por sí mismo, no exige ninguna actividad especial de la Administración receptora. Su eficacia respecto de cada Estado miembro es más bien pasiva o negativa: impide la fijación de requisitos nacionales complementarios (como la inscripción en un registro específico de conductores extranjeros)³⁵. También el *Derecho migratorio* europeo presenta ejemplos significativos de lo dicho: El reconocimiento del “estatuto de residencia de larga duración” a un extranjero extracomunitario (por cualquier Estado miembro) lleva aparejada la expedición, por el mismo Estado, del llamado “permiso de residencia de larga duración-CE”, que permite la residencia

³² Arts. 3 y ss del Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero.

³³ Art. 250 del Código Aduanero (Reglamento 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre): “Cuando se utilice un régimen aduanero en varios Estados miembros:

- Las decisiones, las medidas de identificación adoptadas o aceptadas y los documentos expedidos por las autoridades aduaneras de un Estado miembro tendrán, en los demás Estados miembros, *efectos jurídicos idénticos* a los que resulten de dichas decisiones, medidas y documentos expedidos por las autoridades aduaneras de cada uno de dichos Estados miembros.
- Las comprobaciones efectuadas en los controles realizados por las autoridades de un Estado miembro tendrán, en los demás Estados miembros, *la misma fuerza probatoria* que las comprobaciones realizadas por las autoridades aduaneras de cada uno de dichos Estados miembros.”

³⁴ Art. 1.2 de la Directiva 91/439/CEE, del Consejo, de 29 de julio, sobre el permiso de conducción: “Los permisos de conducción expedidos por los Estados miembros serán reconocidos recíprocamente”

³⁵ Sobre ello, STJCE de 9 de septiembre de 2004, y posterior STSJ de Cantabria de 27 de octubre de 2004 (Ar. 291423). La STJCE había sido dictada en cuestión prejudicial planteada precisamente por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que en la sentencia mencionada resolvió conforme a la cuestión resuelta por el Tribunal europeo. Según el TJCE, en relación con el deber de reconocimiento de los permisos de conducción del art. 1.2 de la Directiva 91/439: “Los Estados miembros no disponen de ningún margen de apreciación en lo relativo a las medidas que debe adoptar para darle cumplimiento”, lo que permite luego concluir al TSJCE de Cantabria que: “En consecuencia [el Registro español de conductores extranjeros] debe ser considerado como una formalidad, y por ello contrario al art. 1. apartado 2. de la Directiva 91/439 y al principio de reconocimiento recíproco de permisos de conducción recogido en el mismo”

del extranjero en cualquier Estado europeo³⁶. Igualmente, el visado expedido por un Estado miembro autoriza a circular y residir (estancia) en cualquier otro Estado miembro hasta tres meses³⁷. Recientemente, en la regulación de la prestación de *servicios en el mercado interior* se ha optado por el llamado modelo “one-stop”: sólo una Administración nacional controla el cumplimiento de los requisitos jurídicos para el ejercicio de una actividad prestacional en el espacio comunitario³⁸. Por último, en la regulación europea sobre *productos alimenticios* es normal la armonización del mercado mediante el reconocimiento automático de las resoluciones de los Estados miembros³⁹, al punto de que los posibles registros sanitarios nacionales no pueden denegar la inscripción de productos autorizados por otro Estado⁴⁰.

En todos los casos expuestos, el reconocimiento automático de una resolución administrativa nacional no exige ninguna actuación ejecutiva específica de la Administración nacional receptora. Sólo impone el *respeto a la situación jurídica ya creada* por resolución de otra Administración nacional. Eso sí, al Estado decisor se le suele imponer una *carga de comunicación* (a los demás Estados o a la Comisión) de las decisiones adoptadas; o el deber de consultar a otras Administraciones nacionales⁴¹. En algunos casos excepcionales, como en materia de visados, se permite a los Estados actuar sobre la validez o eficacia de la resolución administrativa externa en el propio territorio; con ello se limita el alcance del reconocimiento automático de los visados expedidos por otros Estados. Así, el Derecho Schengen permite a los agentes de frontera de un Estado miembro “anular” los visados de otro Estado (cuando han sido expedidos incorrectamente conforme al Derecho comunitario) o “revocar” aquellos mismos visados (cuando el extranjero deja de cumplir los requisitos que motivaron la estancia)⁴². En general, en los casos de simple “aquietamiento” a la eficacia directa horizontal de resoluciones

³⁶ Arts. 8.2 y 14.1 de la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre. Una propuesta de regulación similar, pero en relación con los permisos (nacionales) para trabajos cualificados, en el *Plan de política en materia de migración legal*, COM (2005), 669 final, p. 7.

³⁷ Art. 2 del Reglamento (CE) 539/2001, del Consejo, de 15 de marzo.

³⁸ Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de diciembre, sobre prestación de servicios en el mercado interior. Sobre ella, M. MÖSTL, “Wirtschaftsüberwachung von Dienstleistungen im Binnenmarkt”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006 (pp. 281 y ss); y M. RUFFERT, *Von der Europäisierung...*, p. 764.

³⁹ Así, por ejemplo, en relación con los productos dietéticos, art. 10 de la Directiva 1989/398/CEE, del Consejo, de 3 de mayo.

⁴⁰ En España, en relación con el Registro General Sanitario de Alimentos del Ministerio de Sanidad: STSJ de Madrid de 25 de enero de 2000 (Ar. 2259).

⁴¹ Art. 5 bis del Código Aduanero Comunitario, en relación con el estatuto de “operador económico autorizado”.

⁴² Arts. 1 y 2 de la Decisión del Comité Ejecutivo-Schengen de 14 de diciembre de 1993 (SCH/Comex [93] 24), publicado en DOCE L 239, de 22 de septiembre de 2000. Hay que entender que la “anulación” o “revocación” tienen una vigencia territorial limitada (en el Estado que la lleva a cabo). Se puede decir, entonces, que la “revocación” o “anulación” de un visado externo no son juicios, de legalidad o de oportunidad, sobre una resolución administrativa externa sino excepciones de eficacia de esos visados en un concreto Estado (unas veces por razones de legalidad [anulación] y otras veces por falta sobrevenida de requisitos [revocación]).

administrativas exteriores no se plantean cuestiones severas de tutela judicial. La decisión se adopta en otro Estado miembro, sin participación de los demás Estados; tampoco la Administración nacional participa –en principio en la ejecución de las decisiones externas. De ahí que no haya dificultad en afirmar que la tutela judicial tiene lugar ante los tribunales del Estado donde se adopta la resolución administrativa⁴³.

2. Ejecución nacional de resoluciones administrativas externas

Otras veces el Derecho comunitario impone a la Administración nacional asume la *tarea activa de ejecución* de resoluciones administrativas externas (de otra Administración nacional europea). En el *Derecho de seguridad “Schengen”*, derivado de la supresión de los controles fronterizos, se encuentran varios ejemplos. Así, la anotación en el “Sistema de Información Schengen” (SIS II) de datos relativos a la peligrosidad o actividad delictiva de una persona (información aportada por uno de los Estados-Schengen) supone para los demás Estados una “orden de actuación” (para la localización o detención de esa persona)⁴⁴. En Derecho migratorio también se prevé la ejecución de resoluciones de expulsión (por causas graves) por otro Estado miembro⁴⁵, regulación ésta de previsible extensión a todos los supuestos de salida obligatoria por falta de títulos para residencia⁴⁶.

A diferencia de los supuestos descritos en el apartado anterior, en los que la Administración nacional simplemente ha de no entorpecer el disfrute de un derecho o situación jurídica, en los casos ahora descritos se exige a los Estados miembros una actuación positiva. La Administración de un Estado miembro actúa como ejecutora de otra Administración nacional, “a su servicio”. En ocasiones, estos supuestos se han explicado con categorías propias de Derecho interno, como “préstamo orgánico” (*Organleihe*) o “colaboración administrativa” (*Amtshilfe*)⁴⁷. Aunque el traslado de estas categorías al ámbito europeo puede aportar más confusión que claridad a los supuestos comentados. Para Derecho español baste ahora hablar, provisionalmente, de ejecución de resoluciones externas.

La posición de *subordinación de una Administración nacional* (la ejecutora) respecto de otra (la decisora) suscita algunas dudas desde el punto de vista del principio de *proporcionalidad* (art. 5.3 TCE), vinculante para los actos jurídicos

⁴³ Expresamente, para el visado: apartado V.2.4 de la Instrucción Consular Común.

⁴⁴ Art. 95 del Acuerdo para la aplicación del Convenio de Schengen. En el sentido del texto: L. HARINGS, “Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei und Zollverwaltungen”, en E. SCHMIDT-ASSMANN und B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 127 y ss (p. 137).

⁴⁵ Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

⁴⁶ Art. 16 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, COM (2005), 391 final.

⁴⁷ L. HARINGS, *Grenzüberschreitende Zusammenarbeit...*, p. 144.

Europeos que regulan e imponen la subordinación. De otro lado, desde la perspectiva del procedimiento administrativo nacional, la subordinación implica insertar la decisión externa en la *fase final de la secuencia procedimental nacional*, la de la eficacia del acto administrativo. Esta irrupción tardía del acto externo en el procedimiento administrativo nacional presenta algunas dudas desde el punto de vista de las garantías procedimentales y de la tutela judicial⁴⁸.

- a) En lo que se refiere a las garantías procedimentales se parte de la premisa de que una resolución externa, de otra Administración nacional, satisface las garantías procedimentales inherentes al propio Derecho comunitario (y por tanto al principio de Estado de Derecho que forma parte del Derecho comunitario). Pero ello no impide que a través del “procedimiento nacional de ejecución” se añada alguna específica garantía nacional y se module el alcance de lo ejecutado, precisamente para hacer compatible el doble sometimiento de la Administración nacional al Derecho comunitario y al Derecho procedimental nacional. En ocasiones, esta posibilidad se prevé expresamente en el Derecho comunitario, como ocurre con la ejecución de expulsiones de nacionales de terceros Estados⁴⁹. Más allá de estos casos específicamente regulados, el Derecho procedimental nacional puede permitir un *análisis siquiera sumario* sobre cómo se dictó la resolución administrativa necesitada de ejecución y, en su caso, suspender la aplicación de la ejecución por las mismas causas generales conforme a las cuales el Derecho procedimental interno autoriza la inejecución de actos administrativos definitivos.
- b) Un segundo grupo de problemas gira en torno a la *tutela judicial* frente a resoluciones administrativas de otras Administraciones nacionales. Como es sabido, en el procedimiento administrativo español la ejecución de los actos administrativos es altamente reglada, y en gran medida exenta del control judicial. Sólo por causas tasadas (como las previstas en el art. 167 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria) o cuando se introducen elementos sorprendentes en la ejecución, que quiebran la “línea de continuación directa del acto administrativo”, se permite el control judicial de la actividad de ejecución. Esta regulación y conceptualización presenta deficiencias cuando la ejecución tiene lugar respecto de resoluciones adoptadas por otra Administración nacional europea. La irrenunciable vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva en España (no sólo frente a las autoridades españolas)⁵⁰ exige una cierta ampliación del control judicial sobre la actividad ejecutiva. Con ese control no se puede

⁴⁸ Para Alemania, L HARINGS, *Grenzüberschreitende Zusammenarbeit...*, p. 143; y M. RUFFERT, *Von der Europäisierung...*, p. 769.

⁴⁹ Art. 7 de la Directiva 2001/40/CE: “El Estado miembro de ejecución examinará previamente la situación de la persona interesada para cerciorarse de que ni los actos internacionales pertinentes ni las normas nacionales aplicables se oponen a que se haga efectiva la decisión de expulsión”.

⁵⁰ DTC 1/2004, FJ 2.

enjuiciar -obvio es la legalidad de las resoluciones externas, pero sí la legalidad de una ejecución forzosa referida a actos administrativos externos en los que no se han seguido las garantías mínimas de audiencia y defensa exigidas por el Estado de Derecho español⁵¹.

⁵¹ Contra estos controles, por poner en riesgo la eficacia integradora del "acto administrativo transnacional": M. RUFFERT, *Von der Europäisierung...*, p. 769.

