

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE TERCERA GENERACION

Javier BARNES*

SUMARIO: I. La concepción tradicional del procedimiento administrativo. II. Las transformaciones del derecho administrativo contemporáneo. La disolución de tres fronteras tradicionales y su impacto sobre la institución del procedimiento. III. Las tres generaciones de procedimiento. Una respuesta a la evolución del derecho administrativo.

I. LA CONCEPCION TRADICIONAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. *Tres visiones reduccionistas y estereotipadas sobre el procedimiento administrativo (o verdades a medias)*

Para mejor entender la encrucijada histórica en la que se encuentra el procedimiento administrativo contemporáneo, conviene recordar de dónde venimos y, en particular, algunas de las concepciones comúnmente admitidas sobre el origen y función del procedimiento administrativo. Se pretende con ello subrayar que la comprensión tradicional no hace justicia con la realidad, ni da cuenta del incipiente surgimiento de una nueva generación de procedi-

* Universidad de Huelva, España.

JAVIER BARNES

mientos que se corresponde precisamente con la aparición de nuevas formas de regulación y gobernanza. Es preciso, por tanto, advertir la parcialidad de la explicación clásica porque expresa tan sólo una parte del todo.

Por justa convención y a nuestro limitado propósito, podríamos seleccionar tres verdades a medias:

a) El procedimiento *se encuentra regulado* en las tradicionales leyes generales de procedimiento administrativo que han ido jalonando la historia del derecho administrativo. Y aun cuando existan no pocas especialidades procedimentales en razón de la materia, los procedimientos resultarían reconducibles a una matriz conceptual común. Lo que haya de entenderse por procedimiento de ahí se habrá de inferir.

La realidad contemporánea, sin embargo, demuestra que hay muchas cosas relacionadas con el procedimiento, su concepto o teoría general, que no tienen su representación en la clásica legislación de procedimiento, sea ésta general o especial, como luego se abundará. Y es que, en efecto, no todo se agota en la producción de actos de gravamen y en una administración imperativa (actividad administrativa de policía), extremos en los que se concentra la legislación clásica.

b) El procedimiento administrativo cumple una función *instrumental* puesto que constituye un mecanismo que coadyuva a la correcta aplicación del derecho. Sirve con ello de garantía de acierto de la decisión y de defensa de los derechos. Lo relevante, sin embargo, es el derecho material o sustantivo que se halla en juego. Si la decisión de la administración resulta conforme a derecho, las infracciones de pro-

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

cedimiento tendrán una consideración menor y no adquirirán de ordinario trascendencia invalidante. Por ello, si el acto se ajusta materialmente a lo que la ley haya dispuesto, los vicios de forma resultarán fácilmente subsanables (piénsese, por ejemplo, en la regla de la anulabilidad y en el criterio de las irregularidades no invalidantes, y sus equivalentes en tantos otros ordenamientos).¹ Es decir, el procedimiento tiene un carácter *adjetivo*.

Ello no obstante, lo cierto es que el procedimiento, en contra de lo que sugiere la explicación tradicional, satisface también una función política o de dirección de primera magnitud y no meramente instrumental, cuando la administración no se limita a aplicar el derecho como si de un juez se tratara, sino que opera como legislador material, o dirige políticas públicas con un alto grado de discrecionalidad. Así ocurre, por ejemplo, en los procedimientos de elaboración del planeamiento urbanístico y territorial. El procedimiento adquiere entonces un valor sustantivo –ya no es un mero “accesorio”–, lo que entraña no pocas consecuencias. Y así los vicios de forma o procedimiento merecerán un trato menos indulgente que en los casos en que el procedimiento actúa como herramienta para hallar en la ley la solución establecida. Los criterios generales habrán, pues, de invertirse (de la anulabilidad a la nulidad). Ello no es sino lógico correlato de la función creativa que asume el procedimiento en tantos nuevos sectores.²

¹ Por ejemplo, en la legislación general en vigor en España, pueden verse los arts. 62-67 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo (denominada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

² Así, por ejemplo, si para determinar la aptitud para el consumo humano de un nuevo medicamento la norma dispone la intervención de la comunidad científica en el seno del procedi-

JAVIER BARNES

c) El procedimiento administrativo constituye una *secuencia lineal de actos de autoridad dirigidos al dictado de un acto o resolución singular*. Hablar de procedimiento es hablar de un proceso *formalizado*. Tal es la imagen popular que se tiene del procedimiento. Éste se inspira y basa en el *esquema judicial*. Imita al proceso en su estructura (iniciación, instrucción, terminación, ejecución forzosa, etc.) y en su finalidad (búsqueda racional de la solución predeterminada). Se trata, en efecto, de hallar la respuesta que la ley haya preestablecido (por ejemplo, si una determinada conducta es o no constitutiva de infracción administrativa; o si procede el otorgamiento de la licencia urbanística solicitada). La premisa de partida, al menos implícita, resulta bien sencilla: para que la administración sea, al igual que el juez, la boca de la ley, y la gestora de sus designios, es necesario que la ley contenga todas las recetas para el caso.

Ahora bien, existe toda una suerte de nuevos procedimientos -o de reglas y mecanismos procedimentales- que no puede sustentarse sobre esa lógica procesal, puesto que lo que se persigue no es el dictado de una resolución singular atinente a la esfera subjetiva de los ciudadanos, sino la elaboración de una norma (una circular de un organismo regulador, como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, o CMT, en España);³ un informe (co-

miento autorizatorio con un determinado peso específico y en una concreta secuencia, con prohibición expresa de la participación de la industria farmacéutica, cualquier infracción habrá de ser considerada grave a efectos invalidantes.

³ A efectos meramente ilustrativos, puede consultarse su normativa en http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=norma_europea.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

mo el de la evaluación estratégica ambiental);⁴ el establecimiento de un sistema de intercambio de información entre distintas administraciones, o entre éstas y el sector privado (como acontece en ámbito de la prestación de servicios en el seno de la Unión Europea);⁵ etc.

d) En suma, esa visión reduccionista que venimos de relatar constituye una verdad incompleta, puesto que se encuentra anclada en lo que podríamos denominar la primera generación de procedimientos administrativos. Es la verdad, pero no toda la verdad.

Téngase en cuenta que el modelo judicial en el que se inspira el procedimiento clásico para el dictado de actos administrativos resulta inapropiado no sólo cuando de crear el Derecho se trata (reglamentos de todo tipo, elaboración del planeamiento territorial, por ejemplo), sino también en los nuevos escenarios marcados por las innovadoras formas de gobierno en la realización de políticas públicas como

⁴ Por ejemplo, Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, art. 8 y concordantes.

⁵ Véase a tal propósito la llamada Directiva de Servicios: Directiva [2006/123/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior [Diario Oficial L 376 de 27.12.2006]. Una introducción en la página oficial http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/job_creation_measures/l33237_es.htm (visitada en 2010).

Para su simple ejemplificación de ese intercambio de información de que se habla en el texto, véase la guía de la Unión Europea sobre la cooperación administrativa en este ámbito: electronic system for the exchange of information (IMI), en http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/guides_en.htm.

JAVIER BARNES

las telecomunicaciones, el medio ambiente,⁶ la seguridad alimentaria, la protección de la salud humana y animal, la sanidad pública,⁷ la gobernanza de Internet,⁸ o la regulación de los mercados financieros,⁹ entre tantos otros sectores.

2. El derecho administrativo de defensa y el derecho administrativo de la acción eficaz. Consecuencias sobre el procedimiento administrativo

El derecho administrativo clásico se ha construido sobre la idea del control (judicial) de la acción administrativa, esto es, de fiscalización y contraste entre lo que el legislador ha establecido y encargado y lo

⁶ Piénsese, por ejemplo, en la gestión de sustancias y preparados químicos en la Unión Europea. Véase, entre otros actos jurídicos, el Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos. Asimismo, la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos (ECHA).

⁷ Por ejemplo, Christina Simpson, *Policy as a Process: the Pedagogical Role of the EU in Health Care*, 33 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 293.

⁸ Por ejemplo, Resolución 56/183 (21 de diciembre de 2001), de la Asamblea General (véase http://www.itu.int/wsis/documents/doc_multi.asp?lang=es&id=2266|2267). Sobre el tema, puede verse Mary Rundle: *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*, Research Publication No. 2005-16, Berkman Center for Internet & Society at Harvard law School (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870059).

⁹ A nuestros efectos, véase Michael S. Barr and Geoffrey P. Miller, *Global Administrative Law: The View from Basel* *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.1 EJIL 2006.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

que la administración ha cumplido y gestionado. Se trata de “embridar al poder con el derecho” (E. García de Enterría). Desde ese ángulo, la tutela judicial del ciudadano frente a la administración se erige en el eje del sistema, y el derecho administrativo se expresa en un lenguaje binario o en dos dimensiones (legal – ilegal).

Esa perspectiva nada dice sobre la eficacia y la efectividad de la acción administrativa; de los logros alcanzados o de los servicios que presta; del consenso que inspira en los colectivos afectados; etc., pese a que la vida de la administración, antes que por prohibiciones, límites o mandatos inequívocos, se encuentra jurídicamente condicionada y urgida de principio a fin por exigencias de carácter positivo, susceptibles de ser colmadas al alza por encima del “aprobado”. El derecho administrativo contemporáneo se abre cada vez más a esa dimensión positiva, que ha sido durante mucho tiempo la “cara oculta”. Al derecho administrativo le preocupa que una agencia reguladora, como la f del Mercado de las Telecomunicaciones o el Banco Central, se sujeten a la ley y al derecho, que su acción esté dotada de legitimidad democrática y responda a los parámetros del Estado de derecho (transparencia, motivación y racionalidad de sus decisiones, rendición de cuentas, entre otros). Pero también que sean eficaces en los objetivos que se le han asignado, que las telecomunicaciones sean accesibles a toda la población, a un precio razonable y a una calidad determinada;¹⁰ o que el Banco Central asegure la estabilidad financiera.¹¹

¹⁰ Véase, por ejemplo, el art. 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

¹¹ Por ejemplo, art. 7 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.

JAVIER BARNES

Al procedimiento administrativo, como a tantas otras técnicas o herramientas, le corresponde, en paralelo, satisfacer ambos requerimientos. De un lado, en su vertiente negativa o de defensa, el procedimiento administrativo constituye un mecanismo para mejor aplicar la legalidad, en particular la legalidad subjetiva, siendo una garantía de acierto y de defensa de los derechos e intereses implicados; contribuye al control y racionalización de la discrecionalidad; y a la prevención del abuso y de la arbitrariedad. Forma parte del sistema de garantías del ciudadano frente a la administración pública. De otro, sin embargo, sirve igualmente, en positivo, a la promoción de la eficacia y de la efectividad de las decisiones y las políticas públicas que la administración emprenda; para hallar la mejor solución posible. Y así, por ejemplo, le interesa la obtención y procesamiento de la información para poder tomar la mejor decisión posible, sea en el ámbito de la economía, de los mercados financieros o del medio ambiente.

3. La distancia o desfase histórico entre la legislación tradicional y la realidad

El procedimiento constituye la columna vertebral del derecho administrativo. Es la pieza que contiene mayor información genética sobre el derecho público en un tiempo y espacio determinados, como si de una piedra de Rosetta se tratara. La lectura de una Constitución ofrece, sin duda, un extraordinario retrato de la sociedad de su tiempo, pero de ella no se deriva el grado de consecución de los objetivos que persigue, la efectividad y plenitud de los derechos que consagra o de sus mismos contenidos, siempre

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

fijados por la jurisprudencia ulterior. La legislación de procedimiento, por su parte, ayuda, más que ninguna otra institución del derecho público, a desvelar, entre otras cosas, los siguientes rasgos o elementos del sistema:

- Las modalidades o clases de administración actuante (de ordeno y mando o de policía; prestacional o de garantía del resultado prestacional; estructurada jerárquicamente como si de una unidad autárquica se tratara o en forma de red, abierta a la colaboración interadministrativa y público-privada; etc.).
- La posición real que ocupa el ciudadano en el sistema: si es tratado como un ciudadano mudo, mero destinatario de la acción administrativa, o como un ciudadano activo.
- La organización interna, y el modo de gestión de los asuntos públicos.
- La línea de separación entre el Estado y la sociedad; entre la administración y el ciudadano.
- El grado de eficacia que se pretende asegurar en la consecución de los objetivos; si el procedimiento se preocupa de la fase de aplicación (supervisión y revisión).
- La forma de limitación y control de la administración.
- La noción de Estado y de empleado público.
- Las relaciones de la administración con los demás poderes.
- Eventualmente, la teoría del acto y de los vicios; la teoría de la organización; etc.

Sin embargo, la legislación actual de procedimiento no serviría para retratar a la administración contemporánea a comienzos del siglo XXI. La Ley española 30/1992, en su regulación del procedi-

JAVIER BARNES

miento, como tantas otras en el panorama comparado, no es representativa de la realidad actual (véanse cuadros 1 y 2). La lectura de esta y otras leyes es como la de esas Constituciones que seguían recogiendo el voto censitario pese a haber sido superado en la legislación ordinaria.

Poca información ofrecen sobre la realidad. Y ello por dos razones fundamentales: porque no da cuenta de otras “vidas” o modos de ser de las administraciones actuales (a), ni de otras formas de gobierno y regulación que no sean las tradicionales (b).

a) Otras vidas que importan a la institución del procedimiento:

- La *vida privada de la administración*: ¿cómo ha de decidir y comportarse la administración cuando se viste de civil y deja su “uniforme” y actúa como una organización sujeta al derecho privado?

- La *vida pública de entidades privadas que llevan a cabo actividades de interés general*: ¿cómo han de decidir y comportarse los sujetos privados cuando realizan tareas o funciones que se consideran de interés general en relación con terceros?

- La *vida exterior de la administración* (más allá del Estado): ¿cómo han de decidir y comportarse más allá de las fronteras del Estado, y a quién representa, cuando la administración cruza la frontera?

- La *vida pública de la administración* cuando no actúa con instrumentos formales y vinculantes: adopta decisiones informales; aprueba normas de derecho indicativo o blando (“soft law”), como guías o recomendaciones; negocia; busca el consenso; informal (estado de la salud pública o de la economía).

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

b) Otros modelos de gobierno que subyacen a las distintas generaciones de procedimiento:

Tampoco refleja las nuevas formas de gobierno y de regulación administrativa, distintas a las tradicionales, esto es, de los nuevos métodos de dirección, regulación y gobernanza sustentados, en esencia, sobre una intensa colaboración público-privada e interadministrativa. La legislación de procedimiento muestra una sola clase de administración (la imperativa o de policía) y un único modelo de gobierno, de arriba hacia abajo (véanse cuadros 2 y 3).

En suma, la institución del procedimiento administrativo, en el plano legislativo y doctrinal, se ha mantenido en esencia invariable pese a las profundas transformaciones del derecho administrativo contemporáneo.

II. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORANEO. LA DISOLUCION DE TRES FRONTERAS TRADICIONALES Y SU IMPACTO SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A lo largo de la historia se ha podido distinguir entre tiempos de cambio y cambios de era. Y aun cuando la falta de perspectiva histórica nos impida confirmar lo segundo, estamos asistiendo a una profunda transformación del Estado y, sobre todo, de la administración contemporánea.¹² Sea como fuere,

¹² Sobre el tema, véanse las obras colectivas *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, y *La transformación del procedimiento administrativo*, de 2006 y 2008, respectivamente, coordinadas por Javier Barnes, y publicadas en Editorial Derecho

JAVIER BARNES

podrían ejemplificarse esas transformaciones con la imagen de los nuevos territorios surgidos como consecuencia de la apertura de tres fronteras celosamente guardadas durante largo tiempo.¹³

1. *Tres nuevos territorios de colonización para el derecho administrativo: el espacio global, la esfera privada y las funciones de dirección de la administración*

a) La primera es la caída del muro que divide el plano nacional y el supranacional. La administración y el derecho administrativo ya no son sólo y exclusivamente “estado-céntricos”. La acción exterior de las administraciones nacionales ha crecido exponencialmente. A ello se añade la existencia más allá del Estado de una variada gama de organismos reguladores, públicos, privados y mixtos, con efectos multiplicadores para las políticas públicas nacionales. Al fin y al cabo, las políticas relevantes ya no son sólo “nacionales” o “domésticas”.¹⁴

La administración es interna o nacional, y externa o supranacional e internacional.¹⁵ Entre el espa-

Global – Global Law Press, Sevilla (véase en <http://www.globallawpress.org/catalogo.htm>).

¹³ Sobre este tema, y para mayor desarrollo de cuanto aquí se dice, me remito a mi trabajo “Towards a Third Generation of Administrative Procedure”, en *Comparative Administrative Law*, Edited by Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth, Edward Elgar Publishing, Yale, 2010.

¹⁴ Véase, a título de ejemplo, Javier Barnes, “Un Estatuto de Autonomía y una Constitución del Siglo XX”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, Madrid, mayo-agosto (2007), págs. 293-315, señaladamente pp. 303 y ss.

¹⁵ Piénsese, a título de ejemplo, en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT): http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=presentac

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

cio nacional y el global se encuentran toda una variedad de organizaciones híbridas, procedimientos compuestos, co-decisiones y sistemas complejos.¹⁶ Del derecho administrativo nacional al derecho administrativo global, tal es la primera expansión del espacio administrativo.

Son muchos los ejemplos de procedimientos que siguen esa senda y trascienden el ámbito estrictamente nacional: procedimientos compuestos en el seno de la Unión Europea, que sirven para poner en conexión la actuación de los distintos reguladores nacionales;¹⁷ la extensión de reglas y principios de procedimiento a organizaciones que operan más allá de los Estados;¹⁸ nuevas reglas de procedimiento

ion). Se trata de una administración que no ha sido concebida en términos autárquicos, sino que colabora, más allá de las fronteras nacionales, con otras muchas, y actúa en relaciones horizontales y laterales con sus homólogas europeas, y en relaciones verticales con la comisión europea y otras instituciones internacionales.

¹⁶ "There is no clear separation of function, activity, or in many cases of personnel between global bodies and domestic agencies. ... National systems of administration and law become porous; global norms penetrate them, circumventing the national legislature." Stewart, Richard B. 2005, *The Global Regulatory Challenge to U.S. Administrative Law*. *New York University Journal of International Law and Politics*. 37: 695-762, citando a S. Cassese, *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*. *New York University Journal of International Law and Politics*. 37: 663-694.

¹⁷ Vid. H.C. Röhl, *El procedimiento administrativo y la Administración «compuesta» en la Unión Europea*, en *La Transformación del Procedimiento Administrativo* (editado por J. Barnes), Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla, 2008, pp. 117 y ss. (disponible también en <http://www.globallawpress.org/libro2.htm>).

¹⁸ Por ejemplo, el Comité de Basilea. Véase Barr and Miller (2006). *Establishing administrative law procedures at the su-*

JAVIER BARNES

para garantizar que la posición del regulador nacional, antes y después de salir al exterior, responde a criterios de control, transparencia, participación y legitimación;¹⁹ etc.

b) La caída de la segunda frontera –la que separaba lo público y lo privado– tampoco ha pasado desapercibida. La permeabilidad entre ambas esferas es igualmente trascendente. El Estado y la sociedad, la administración y el ciudadano no constituyen ámbitos aislados que nunca se tocan; la administración no define en solitario en tantos sectores lo que al interés general conviene: si un medicamento es apto para el consumo humano; cuál sea la mejor tecnología disponible; o el plan de estudios más adecuado. Ni el sector privado puede vivir, desinteresado, a espaldas de la regulación. Hoy día la administración y la sociedad tienden a actuar de consuno, como socios que se necesitan. La co-regulación y la autorregulación no son sino dos manifestaciones más de las nuevas estrategias regulatorias en las que se implica activamente al sector privado.²⁰

pranational level has many difficulties. See, e.g., Kingsbury, Krisch and Stewart (2005, pp. 40-42); Esty (2007, pp. 526-527).

¹⁹ Aman, Alfred C., Jr., “Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy and the Furtherance of a Global Public Interest”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1999, 6: 397-420; del mismo autor, “Privatization, Prisons, Democracy, and Human Rights: The Need to Extend the Province of Administrative Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2005, 12: 511-550; “Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law”, *UCLA Law Review*, 2002, 49: 1687-1716.

²⁰ Véase, por ejemplo, el Acuerdo interinstitucional del Parlamento, Consejo y Comisión - «Legislar mejor» [Diario Oficial C 321 de 31.12.2003], arts. 18-23.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

La privatización, en este escenario, no representa sino una forma distinta de regulación; en modo alguno constituye una retirada del Estado. El derecho administrativo no es sólo derecho público, sino también privado, en la medida en que ha de extender (inocular, transponer, infectar...) los valores públicos en la acción de los sujetos privados cuando lleven a cabo actividades que el legislador considera de interés general, y porque la administración, a la postre, ha de garantizar un resultado, a saber: que las prestaciones del sector privado tengan las condiciones que la ley establece (universalidad de la prestación, calidad, precio razonable, por ejemplo). El sector regulado de las telecomunicaciones constituye un ejemplo elocuente. De un Estado prestador a un Estado garante del resultado. De un derecho administrativo público a un derecho administrativo también privado. Tal es el segundo espacio que se abre con la caída de esta frontera.

En ese sentido, el legislador puede exigir de los operadores privados que realizan actividades de interés general, como sucede con los sectores regulados o las organizaciones autorreguladas que establecen estándares técnicos, la sujeción a ciertos criterios procedimentales en la toma de decisiones (transparencia, motivación, representatividad de todos los interesados) o un régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de la actividad contractual de esas entidades privadas, asegurando en todo caso los principios de apertura del mercado principios de publicidad y concurrencia.²¹

²¹ Véase, por ejemplo, la Ley española 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones,

JAVIER BARNES

c) La tercera frontera que parece disolverse es la que distinguía la formulación de las políticas, de su gestión posterior; la creación del derecho, de su aplicación. Las rígidas fases en que se escalonaba el proceso regulatorio –la creación de reglas sustantivas a cargo del legislador, primero, y, más tarde, su aplicación, confiada a la administración– parecen desdibujarse en numerosos sectores, como consecuencia de la incapacidad de la ley para anticiparse a la realidad y dirigir en consecuencia la acción administrativa en los términos en que tradicionalmente era concebida esa vinculación o sometimiento. En tantos casos, la administración ya no encuentra en la ley la receta a aplicar. Si la ley no puede definir cuáles sean las sustancias químicas peligrosas, el crecimiento sostenible en cada caso, los estándares técnicos que hayan de seguirse para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio, por dónde, en qué forma y con qué usos constructivos ha de crecer la ciudad, o qué determinaciones se han de adoptar para asegurar la competitividad de un concreto mercado de las telecomunicaciones, por ejemplo, habrá de idear, en compensación, mecanismos, foros y reglas para hallar la solución correcta, en términos de eficacia, de legitimidad democrática y de control. Entre otros mecanismos, el legislador establece procedimientos cualitativamente distintos a los tradicionales, a través de los cuales dirige a la administración y asegura la búsqueda de la solución más adecuada.²²

A través de ellos, y en un proceso continuo, se establece la regla o el criterio; se aplica y proyecta en la práctica; se vigilan y supervisan las consecuen-

por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

²² Para mayor abundamiento, véase la nota 12

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

cias o efectos que genera; se modifica o revisa la regla en función del resultado deseado, como si se tratara, no de una foto fija, sino de una imagen en movimiento. El proceso regulatorio se concibe como un ciclo constante, en permanente movimiento.

En suma, de un derecho administrativo entendido como instrumental al servicio de la mera ejecución de políticas públicas, se da paso a un derecho administrativo que se preocupa también del establecimiento del derecho, de la formulación de políticas públicas a cargo de la administración. De una administración concebida originariamente como un poder que, como simple correa de transmisión, aplica la ley formal, a una administración a la que se le atribuye un enorme espacio en la configuración de las reglas de juego del sector (telecomunicaciones, mercados financieros, urbanismo, salud pública, medio ambiente, etc.). En otras palabras, de un poder “ejecutante” a un poder “autoprogramable”, por utilizar la significativa terminología de M. Castells,²³ aunque referida y proyectada sobre otros ámbitos y perspectivas. Un derecho administrativo que ha de adaptarse a nuevas formas de gobierno (gobernanza colaborativa, en esencia), más flexibles, complejas, deliberativas, e integradoras. Tal es el tercer espacio que ha de ocupar.

La legislación en esos ámbitos dispone cómo han de resolverse los problemas y adoptarse las oportunas decisiones o, lo que es lo mismo, recurre a normas de procedimiento: cómo decidir por dónde ha de crecer la ciudad; cómo hallar la mejor solución desde la perspectiva del crecimiento sostenible; cómo resolver si el medicamento es apto para el consumo humano. Los procedimientos que se establecen son

²³ Por ejemplo, en su obra *Comunicación y Poder*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.

JAVIER BARNES

más integradores, participativos y deliberativos. Se pasa así de leyes que gobernaban a la administración mediante la determinación de reglas y criterios de carácter sustantivo a leyes que dirigen a la administración a través de normas de procedimiento para la toma de decisiones (cuadro 3).

d) La apertura de esos nuevos espacios, como si de la liberación de un gas se tratara, expande el derecho administrativo. La quiebra de esas fronteras o líneas divisorias abre, en efecto, nuevos territorios que son colonizados por nuevas formas de gobierno y regulación (cuadro 3). El modo tradicional de gobierno se había construido sobre la impermeabilidad de esas fronteras (global-nacional; público-privado; creación-aplicación).²⁴ El *nuevo* derecho administrativo no es sólo nacional o supranacional, sino global; no es sólo derecho público, sino también privado; no es ya sólo el derecho que controla la aplicación administrativa de las leyes y regula los instrumentos de que ésta se sirve, sino el que guía la creación de normas, reglas y soluciones y, más ampliamente, la realización de las amplias políticas públicas que a la administración contemporánea se le confían.

2. La emergencia de nuevas estrategias regulatorias

La caída de esas tres fronteras significa, en otras palabras, la pérdida del monopolio del sistema de producción normativa y de gobierno heredados del Estado liberal del siglo XIX, caracterizado por que, primero, el derecho emana de un único centro; segundo, el curso del proceso regulatorio descende de

²⁴ Para un estudio más profundo, me remito a la literatura recogida en el nota 12.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

arriba hacia abajo; y, tercero, la administración se concibe a sí misma como una organización destinada a ejecutar o aplicar la ley, haciendo uso de técnicas coercitivas (cuadro 3).

Ese sistema se asienta en la premisa de que la ley formal todo lo contempla. A partir de ese postulado, se construye el edificio:

- El Estado es el único “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, un privilegio a reducir y “combatir”.²⁵

Si, en efecto, el derecho administrativo deviene global, interactúa con el sector privado y se ocupa de la dirección de las nuevas políticas públicas a través de procesos regulatorios mucho más comple-

²⁵ Para mayor abundamiento, me remito a mi trabajo “Introducción. Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, cit. (nota 1), pp. 31 y ss.

JAVIER BARNES

jos, será necesario organizar las cosas de otro modo. Esa necesidad da lugar a nuevos modelos o modos de gobernanza para regular la salud pública, la seguridad aérea o alimentaria, los mercados financieros, las telecomunicaciones o los servicios en el marco de la Unión Europea. Y ahí el procedimiento tiene un protagonismo especial, como luego se insistirá.²⁶ De entrada, ha de abandonar su molde procesal para desempeñar nuevas y más altas funciones: la elaboración de normas, públicas o privadas con relevancia pública, vinculantes o no; la dirección, guía o asistencia en las nuevas políticas públicas en las que la ley no ha establecido la solución material, sino que difiere su hallazgo al procedimiento.

El derecho administrativo representa un formidable instrumento de transformación económica y social (ha contribuido como ninguna otra rama del derecho a la creación de clase media, la mejor “invención” del siglo XX, aun cuando esté lejos de ser un bien universal) y sirve de “transformador”²⁷ del derecho constitucional para hacerlo realidad en cada tiempo y lugar. La regulación de los mercados, la redistribución de la riqueza, o la universalización del acceso de todos a los bienes de la cultura y a las actividades de interés general o de servicio público (educación, sanidad, telecomunicaciones, energía, transporte, etc.), son algunos de las misiones que ha tenido encomendadas. Es una rama fundamental del derecho en tanto que sirve para transformar o transponer las grandes opciones y deseos de una sociedad a la realidad.

El procedimiento administrativo constituye el

²⁶ *Infra* núm. III.

²⁷ Cfr. E. Schmidt-Aßmann, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 15 y ss.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

cauce natural a través del cual la administración adopta sus *decisiones*, cualquiera que sea la naturaleza o alcance de éstas: resoluciones singulares; contratos y convenios; normas reglamentarias de todo tipo y naturaleza, incluido el planeamiento territorial y urbanístico; instrumentos de derecho indicativo (recomendaciones, guías, interpretaciones, etcétera).

Pero el procedimiento no es sólo un proceso decisorio. Constituye además un sistema para la obtención de datos, el tratamiento de la información, la adquisición de conocimiento, con independencia de que esas operaciones no desemboquen en decisión alguna (por ejemplo, procedimientos de control de subvenciones; de elaboración de la cartografía medioambiental; de intercambio de información entre administraciones; etc.).

III. LAS TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO. UNA RESPUESTA A LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para una mejor comprensión de la transformación que experimenta el procedimiento, parece útil periodificar su evolución para caracterizarla adecuadamente (véase cuadro 4).

1. Primera *generación*: *actos y decisiones singulares dictados por una Administración jerárquica*

Cuando se habla de procedimiento administrativo se piensa habitualmente en esta primera generación, hasta el punto de que parece haberse reservado a su favor el término mismo. La administración

JAVIER BARNES

ya utilizaba estos procedimientos desde el advenimiento del Estado contemporáneo antes de la invención de la electricidad. Las primeras leyes de procedimiento datan del siglo XIX.

La primera generación de procedimientos administrativos tiene por objeto el dictado de actos y decisiones singulares de todo tipo (autorizaciones, permisos, subvenciones, sanciones, resolución de recursos, etc.). La administración territorial, al igual que las agencias independientes, como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ejemplo, hacen uso de esta clase de procedimientos, bien sea para seleccionar al adjudicatario de una licencia o imponer una sanción a una operadora de telefonía móvil por comportamiento anticompetitivo. Constituye un proceso decisorio que se inspira abiertamente en el modelo judicial y, como él, parte de la premisa de que la ley material ha resuelto la cuestión planteada (si procede o no otorgar la subvención, denegar la autorización o imponer la sanción). El procedimiento es, pues, un mecanismo o herramienta que coadyuva a la correcta aplicación de la ley. Es, en otras palabras, el procedimiento tipo de la administración que actúa jerárquicamente e investida con técnicas coercitivas. El procedimiento no es sino un “accesorio” del derecho sustantivo.

Esta primera generación de procedimientos resulta particularmente idónea cuando se trata de resolver cuestiones que afectan directamente a los derechos e intereses de los ciudadanos.

2. Segunda generación: normas administrativas aprobadas por administración jerárquica

La segunda generación de procedimientos surge con fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX,

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

antes de la invención de Internet, y tiene por objeto la aprobación de normas administrativas infralegales (reglamentos ejecutivos o independientes; planes territoriales o urbanísticos; circulares de organismos reguladores o agencias independientes; ordenanzas locales; etc.). Teóricamente, el procedimiento reglamentario se habría de construir sobre la imagen del proceso legislativo. Ahora bien, como son pocas las reglas que disciplinan la elaboración de leyes, en realidad este procedimiento se acoge en buena medida a la plantilla del proceso judicial.²⁸ Se trata, en todo caso, de un proceso decisorio.

Con alguna notable excepción,²⁹ la producción normativa que contemplan las leyes de procedimiento se canaliza a través de un proceso regulatorio que se desarrolla de arriba hacia abajo, en manos de una administración jerárquica e imperativa, y con una participación ciudadana que tiene lugar en una fase tardía, cuando la norma está ya por completo prefigurada.

Se trata en la mayor parte de los casos de procedimientos un tanto rudimentarios,³⁰ lo cual no deja de ser paradójico si se tiene en cuenta la trascendencia que la actividad reglamentaria ha adquirido desde la segunda posguerra, tanto por el número de normas infralegales aprobadas en relación con las

²⁸ Véase E. Rubin, *It's Time to Make the Administrative Procedure Administrative*, 89 Cornell L. Rev. 95, 135 (2002).

²⁹ Como en el caso de la Ley de Procedimiento Administrativo norteamericana, de 1946. Véase el trabajo de Peter L. Strauss, "Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.", en la obra colectiva *La transformación del procedimiento administrativo* (editado por Javier Barnes), Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla, 2008.

³⁰ Por ejemplo, *vid.* el art. 24 de la Ley española 50/1997, del gobierno.

JAVIER BARNES

leyes, como en términos cualitativos a la luz de su impacto real. De ordinario, además, la legislación general se ha concentrado en la aprobación de reglamentos ejecutivos (o de desarrollo de las leyes emanadas del parlamento), dejando fuera de su consideración la gestación de otras muchas clases de normas administrativas. En ese sentido, sorprende que para la elaboración de una norma reglamentaria de un organismo regulador o de un banco central se puedan exigir los mismos o menos requisitos procedimentales que para la elaboración de un reglamento que se limita a desarrollar una ley previa.

La legislación tradicional tampoco ha prestado atención a cuestiones que hoy han adquirido una notable importancia, como pueden ser la elaboración de normas no vinculantes (derecho indicativo, blando o “soft law”); la producción normativa que emana de la autorregulación privada; o las normas, vinculantes o no, construidas más allá del Estado.

Esa tendencia comienza a ser corregida a impulsos, entre otros factores, de las múltiples iniciativas tendentes a mejorar las políticas regulatorias, en el plano interno, regional (europeo), e internacional.

3. Tercera generación: actos, normas y políticas públicas elaboradas en el entorno de las nuevas formas de gobernanza colaborativa

La disolución o porosidad de esas fronteras determina inexorablemente un modo de ser distinto del actuar administrativo, como ha quedado dicho. Las principales políticas públicas –desde la regulación de los mercados financieros, pasando por la seguridad alimentaria, hasta el medio ambiente o las

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

telecomunicaciones- se han de elaborar y aplicar de un modo bien diferente al tradicional. Ninguna administración es ya autosuficiente, sino dependiente de otras administraciones y del sector privado. La palabra mágica es “colaboración”. Pero la interrelación no se da sólo entre los actores o sujetos en liza, sino también entre la fase de normación y la de aplicación, que pasan así a formar parte de un proceso continuo, en constante revisión y actualización. La administración (los bancos centrales, la agencia europea del medicamento, la CMT o la administración medioambientalmente responsable, por ejemplo) adquiere en consecuencia una mayor responsabilidad y protagonismo, puesto que su papel se aleja de la mera ejecución de una previa ley material que programe y predetermine su acción en términos condicionales (si concurre tal presupuesto de hecho, la acción a tomar o consecuencia habrá de ser la específicamente determinada).

El objetivo prioritario del procedimiento en este escenario no reside en el control de la discrecionalidad, en sentido defensivo y “ex post”, sino en la guía y dirección en positivo y “ex ante” de la acción administrativa. El procedimiento en sí mismo es, pues, de suma importancia, puesto que ya no constituye un mero mecanismo de aplicación de la ley, sino de creación del derecho, de formulación, seguimiento y revisión de políticas públicas.

La clave o la seña de identidad de estos procedimientos de tercera generación se localiza en un entorno en el que la acción administrativa se encuentra profundamente entrelazada con otras muchas administraciones, no sólo dentro, sino fuera de las fronteras nacionales; y con el sector privado; y en el que aquélla no es “ejecutante”, sino “autoprogramable” (cuadros 3 y 4).

JAVIER BARNES

Pues bien, las reglas de procedimiento tienen mucho que decir en la elaboración y desarrollo de estas nuevas políticas públicas. Al procedimiento le preocupa satisfacer muchas de las necesidades que aquéllas demandan: desde la simplificación de las relaciones procedimentales entre el ciudadano y la administración (v.gr.: comunicación de la actividad proyecta versus autorización, en el ámbito de la prestación de servicios),³¹ pasando por el constante intercambio de información entre administraciones a todos los niveles, la evaluación de las distintas opciones o alternativas, el análisis de impacto regulatorio o de costo-beneficio, hasta la supervisión de las decisiones adoptadas y su modificación cuando se detecte la desviación de los objetivos propuestos, etc.

Los procedimientos de tercera generación comprenden procesos decisorios (decisiones singulares, normas infralegales), y no decisorios (análisis, obtención e intercambio de información, acciones de supervisión y vigilancia, por ejemplo).

- Entre los procedimientos decisorios de tercera generación que tienen por objeto resoluciones singulares se pueden citar los procedimientos simplificados de la Directiva de Servicios de 2006,³² en la medida en que esta norma aboga por la mera comunicación de la actividad proyectada, lo que supone, primero, una transferencia al ciudadano de la responsabilidad de observancia de la legalidad, con los costes que ello implica, y, en segundo lugar, una co-

³¹ Véase la nota siguiente.

³² Directiva [2006/123/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior [Diario Oficial L 376 de 27.12.2006. Para una introducción, *vid.* http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/job_creation_measures/l33237_es.htm].

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

laboración interadministrativa en el espacio europeo sumamente avanzada (simplificación del procedimiento significa de ordinario un trabajo técnicamente más elaborado y sofisticado por parte de la administración).

- Pero el procedimiento de tercera generación se preocupa también por la elaboración de normas reglamentarias, tales como la elaboración del planeamiento territorial y urbanístico con una participación y diálogo entre administraciones y el público más intenso y efectivo; la elaboración de las circulares de la CMT en una forma más participada o con una iniciativa mayor en manos de los operadores para hacer propuestas; la elaboración de documentos de derecho indicativo o “soft law” (manuales, recomendaciones, vademécums, etc.); reglas de representatividad de los sujetos privados dentro de la autorregulación cuando elaboran normas técnicas; etc.

- Son numerosas, y en ocasiones más relevantes, las fórmulas, criterios o principios de procedimiento que, sin desembocar directamente en la toma de decisiones, tienen por objeto satisfacer las múltiples necesidades de las nuevas formas de trabajo y elaboración de las políticas públicas: obtención e intercambio de información, consultas para identificar las prioridades de una determinada política, colaboración entre organismos reguladores, evaluación periódica de las opciones políticas, análisis de los efectos, etc.

La opción política que se ha hecho, señaladamente desde la Unión Europea, en pro de la gobernanza colaborativa para llevar a efecto numerosas políticas públicas reclama a su vez procedimientos de tercera generación que sean capaces de articular las nuevas necesidades que esos modelos demandan.

Estos procedimientos, sean o no de carácter deci-

JAVIER BARNES

sorio, pueden ser concebidos como sistemas de intercambio de información entre administraciones y de éstas con los ciudadanos. No se trata, desde luego, de procedimientos entendidos necesariamente en términos lineales o procesales, sino como guías, directrices, principios o criterios más flexibles e informales, con una estructura en forma de red, en la que se produce un flujo constante de información, y donde las decisiones son siempre provisionales.³³

³³ Por ejemplo, en lo que hace a la CMT, responden a esta idea del procedimiento como intercambio de información los requerimientos de información de carácter formal a que se refiere el art. 9 LGT; los requerimientos informales de información por cualquier medio (correo electrónico, teléfono); el intercambio de información sin requerimiento (entre organismos reguladores, por ejemplo, a través del European Regulatory Group o cualquier otro foro) y comunicaciones constantes de los operadores hacia el organismo regulador (sin requerimiento previo); las consultas de la CMT a todos los operadores; etc.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

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
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)	La legislación de procedimiento no contempla, por ejemplo, la acción administrativa sujeta al derecho privado.
El procedimiento administrativo constituye un <i>proceso decisorio</i> : El procedimiento tiene por objeto la adopción de decisiones (que habrán de desembocar en actos, contratos o nor-	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 con-

* 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).

JAVIER BARNES

mas). En otras palabras, el procedimiento clásico nace ligado a supuestos y situaciones específicas a las que pretende dar respuesta.	siste más bien en la obtención y tratamiento de la información (ejemplos: procedimientos de control de subvenciones; procedimientos de elaboración de la cartografía medioambiental; etc.). 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.).
Es un <i>proceso formal</i>: La legislación regula la actividad administrativa que se sujeta a un procedimiento formalizado cuyo objeto final es, igualmente, una decisión formal (acto, contrato, reglamento).	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.).
El <i>producto</i> característico de la legislación de procedimiento es el acto administrativo singular (en particular, de gra-	El reglamento, por ejemplo, ocupa un lugar muy secundario (salvo excepciones, como en la LPA norteamericana).

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

vamen).	
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.	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.).
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.	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.).
La legislación de procedimiento mira “hacia adentro”.	Descuida las relaciones interadministrativas en el plano europeo e internacional.
La <i>comunicación</i> entre	No se regula la instruc-

JAVIER BARNES

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.	ción practicada por el sujeto privado (como sucede, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente).
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 for-	Las tres funciones son <i>complementarias</i> y aliadas: 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.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

mula 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”.	
El procedimiento presenta un carácter <i>negativo</i> o defensivo frente a la arbitrariedad y abuso de poder de la administración. Por ello, el procedimiento decisorio pretende garantizar: Que las decisiones sean imparciales; que sean adoptadas por el órgano competente; que se respeten los derechos de los ciudadanos; etc. El procedimiento opera como un mecanismo de <i>control</i> del poder.	El procedimiento administrativo en <i>positivo</i>: como instrumento que garantiza un correcto y eficaz ejercicio de la discrecionalidad: 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. El procedimiento representa un instrumento de <i>dirección</i> del poder.
Los procedimientos son “duros” y rígidos. Se establecen requisitos muy poco flexibles, por	Resultan escasos los requisitos procedimentales de carácter “blando” y flexible. Por ejemplo, para

JAVIER BARNES

ejemplo, sobre: - 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.	conseguir una: - comunicación abierta; - participación fluida; - deliberación basada en la búsqueda del consenso.
El procedimiento, inserto en la clásica división entre la <i>creación</i> del derecho y su <i>aplicación</i>, se concibe esencialmente como un instrumento al servicio de la segunda.	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.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

CUADRO 2:

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

MODELO DE ADMINISTRACIÓN DE LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL DE PROCEDIMIENTO	MODELOS O FORMAS DE ADMINISTRACIÓN NO CONSIDERADOS EN LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL. ALGUNOS EJEMPLOS
La administración característica de la LPA es la propia de la actividad administrativa de policía (orden y seguridad públicas), o, más ampliamente, la de una Administración que actúa con “imperium”.	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.
Es una administración jerárquica, cerrada y piramidal.	No contempla la administración en red que coopera horizontal y ver-

* 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).

JAVIER BARNES

Está diseñada para transmitir órdenes e información de arriba hacia abajo.	ticamente con otras Administraciones; los organismos reguladores de los sectores regulados; etc.
La legislación de procedimiento concibe a la administración como una organización que dicta resoluciones unilaterales y obligatorias, acompañadas de técnicas coercitivas.	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.
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.	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.
La participación de otros órganos u administraciones en el curso del proce-	En consecuencia, quedan fuera de la legislación tradicional, por

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

dimiento 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.	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).
Es una administración “estado-céntrica”, que no opera más allá de las fronteras nacionales.	No contempla a la administración nacional en su condición de administración comunitaria, menos aún la acción administrativa internacional.

En síntesis, la legislación tradicional de procedimiento deja fuera *procedimientos y formas de administración* de enorme trascendencia. Señaladamente: La acción administrativa europea e internacional. La acción administrativa sujeta al derecho privado y los fenómenos de privatización del procedimiento. Las acciones administrativas no formalizadas y los instrumentos no normativos o de carácter no vinculante (“soft law”).

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

JAVIER BARNES

CUADRO 3 :
DE LA REGULACIÓN TRADICIONAL A LA GOBERNANZA

	MODELO CLÁSICO DE REGULACIÓN	NUEVAS FORMAS DE DIRECCIÓN Y GOBERNANZA
NATURALEZA DEL DERECHO	- Predominio de normas de carácter material o sustantivo. - Derecho emanado desde un único centro. - Derecho imperativo (prohibiciones y mandatos). - Normas abstractas, generales y rígidas.	- 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 su-	- Cooperación entre los múlti-

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

	jeto protagonis- ta.	ples niveles de gobierno (local, regional, trans- nacional, inter- nacional). - Participación de múltiples agentes públicos y priva- dos. - Descentraliza- ción y principio de subsidiariedad
PROCESO DE CREACIÓN DEL DERECHO	- El derecho es estático y esta- ble, permanece “petrificado” hasta su dero- gación. - Regulación es dictar órdenes, mandatos y prohibiciones.	- El derecho es un proceso abierto, dinámico, y en constante adapta- ción. - Gobernar es un proceso de apren- dizaje y de innova- ción. - Los nuevos mo- delos están mejor posicionados para aceptar la incerti- dumbre y la diver- sidad, para ensa- yar y avanzar de forma repetitiva la búsqueda de solu- ciones eficaces. - El derecho tiene por objeto promo- ver prácticas que permitan la revi- sión y la mejora

JAVIER BARNES

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

FUENTE: ORLY LOBEL , THE RENEW DEAL: THE FALL OF REGULATION AND THE RISE OF GOVERNANCE IN CONTEMPORARY LEGAL

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

THOUGHT, 2004 Minnesota Law Review Foundation
(89 Minn. L. Rev. 342) y elaboración propia.

Cuadro 4
CARACTERISTICAS GENERALES DE LAS TRES
GENERACIONES DE PROCEDIMIENTOS

1ª GENERACIÓN DE PROCEDIMIEN TOS ADMINISTRATI VOS Legislación tra- dicional de pro- cedimiento ad- ministrativo	2ª GENERACION DE PROCEDIMIEN TOS ADMINISTRATI VOS Legislación tra- dicional de ela- boración de disposiciones reglamentarias	3ª GENERACION DE PROCEDIMIEN TOS ADMINISTRATI VOS Normativa sec- torial (por ejemplo, USA, UE): Medio Ambiente Política Social Autorregulación Gobernanza in- ternacional Colaboración público-privado

JAVIER BARNES

MODELO JUDICIAL	MODELO LEGISLATIVO	MODELO ADMINISTRATIVO
(actos administrativos puramente aplicativos)	(reglamentos ejecutivos tradicionales)	(nuevas formas de regulación y gobernanza)
El procedimiento es una secuencia de actos de autoridad orientada al dictado de una resolución singular.	El procedimiento tiene por objeto elaborar una norma infralegal	El procedimiento acompaña el ciclo completo de la política pública: el procedimiento se extiende a la formulación de las políticas públicas y sus prioridades, al desarrollo y diseño, y a su aplicación efectiva.
Rígida separación entre la creación del Derecho y la aplicación al caso.		Mayor integración entre las distintas fases del proceso legal: normación, desarrollo, aplicación, ejecución forzosa, resolución de conflictos.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE...

Procedimiento como <u>control</u> de la discrecionalidad administrativa		Procedimiento como <u>dirección</u> de la discrecionalidad administrativa
Procedimiento decisorio (actos administrativos)	Procedimiento decisorio (normas reglamentarias)	- Procedimiento decisorio - Procedimiento no decisorio: cubre actuaciones que no están orientadas a una situación concreta (procedimientos de control; de intercambio de información; etc.).
APLICACIÓN DE LA LEY MATERIAL Instrumento para la correcta aplicación del Derecho mate-	DESARROLLO NORMATIVO Instrumento para dictar una norma de desarrollo (regla-	CREACION Y APLICACIÓN DEL DERECHO Instrumento para hallar la mejor solución posible no pre-

JAVIER BARNES

rial (acto administrativo singular)	mento ejecutivo) o para la aprobación de un plan territorial o urbanístico)	determinada por la Ley material (Disolución de las fases “creación del Derecho – aplicación”)
El procedimiento no se preocupa de la aplicación, más allá de la ejecución forzosa	La aplicación de la norma queda fuera del procedimiento, más allá de las situaciones conflictivas	La aplicación forma parte esencial del procedimiento y acompaña toda la vida de la resolución, incluye el control y la supervisión
Obtención de la información: principio de instrucción de oficio	Obtención de la información: información pública	Obtención de la información: cooperación público-privada; cooperación interadministrativa

Fuente: elaboración propia