



Gestión y Análisis de Políticas Públicas

ISSN: 1134-6035

revistagapp@inap.map.es

Instituto Nacional de Administración Pública

España

Ponce Solé, Juli

Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero

Gestión y Análisis de Políticas Públicas, núm. 11, enero-junio, 2014, pp. 18-37

Instituto Nacional de Administración Pública

Madrid, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281531271002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero¹

Juli Ponce Solé

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

jponce@ub.edu

Recibido: 5 diciembre 2013

Aceptado: 30 enero 2014

“No podemos concluir limitándonos tan sólo a señalar que el Derecho moderno plantea unas exigencias que han de abordarse desde el campo de la Ciencia Política. Se trata también, al apuntar estas preocupaciones, de tomar en cuenta y explicar los cambios y modificaciones que se están produciendo en nuestra propia disciplina desde inicios de los años setenta porque en esta transformación se encuentra la posibilidad de establecer un diálogo fructífero”

Jordi Capó Giol, “El Derecho y la Ciencia Política”, en CASTELLÀ, A., (Coord), *La Constitución y el Ordenamiento Jurídico*, Atelier-UB, 2005, pág. 464.

Resumen

El estudio partiendo de las más modernas corrientes doctrinales plantea cuál deba ser la relación entre el Derecho (administrativo) y el resto de ciencias sociales. Partiendo de la existencia de una tradición fuertemente influenciada por puntos de vista jurídicos formalistas y, simultáneamente, del menosprecio a lo jurídico que puede percibirse tanto en la gestión pública cotidiana como en importantes perspectivas desde la ciencia política y otras ciencias sociales, el trabajo aborda la necesaria renovación epistemológica y metodológica de la doctrina administrativista, que aborde de modo distinto la clave de la actividad pública, el ejercicio de discrecionalidad, no concibiendo el papel de lo jurídico como un instrumento de control puramente negativo, sino también como una herramienta de orientación de ese ejercicio en pos de la buena administración y el buen gobierno en interacción, que no disolución, con otras ciencias sociales, de las cuales se distingue el Derecho, en definitiva, por tener los tribunales de justicia la última palabra sobre los conflictos que puedan generarse.

Palabras clave

Derecho administrativo, ciencias sociales, ciencia política, buena administración, buen gobierno, discrecionalidad, evaluación.

Social sciences, administrative law and good governance. Fighting immunities of power to the battle for good government and good governance through a fruitful dialogue

Abstract

The study deals with the relation between Law (administrative law) and the rest of social sciences. On one hand, the study underlines the existence of a legal tradition strongly influences by formalistic approaches. On the other hand, , simultaneously, there is a lack of conscience of the importance of legal inputs in the daily public management as well as in relevant points of view from the academy in the area of political science and other social sciences. The work emphasizes the necessary epistemological and methodological renewal of the legal jurisprudence which should look at the key of the public activity in a distinct way: the use of discretionary powers. In that sense, the role of law not should be only an instrument of control purely negative but also a tool of orientation of this discretionary exercise looking for the good administration and the good government. In that approach, law and other social sciences should work together, avoiding reciprocal dissolutions. But in any case, the element that distinguishes law is that courts of justice have the last word on the conflicts that can generate the development of public policies.

Keywords

Administrative law, social sciences, political science, good administration, good government, discretionary powers, evaluation

1 El análisis que se expone tiene su origen en algunas reflexiones incluidas en el capítulo “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración” incluido en el libro *Derecho Administrativo Global*, Marcial Pons, Madrid, 2010, por mí coordinado.

Una reelaboración de las ideas del libro fue expuesta el 26 de octubre de 2010 en el acto de inauguración del Master Oficial de Gestión Pública Avanzada de los estudios de Gestión y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, dedicado a la memoria de Joan Prats. La intervención fue publicada posteriormente con el título “En recuerdo de Joan Prats: gestión pública, derecho a una buena administración y gobernanza”, en BARREDA, M. y CERRILLO, A., (Coord), *Gobernanza, Instituciones y Desarrollo. Homenaje a Joan Prats*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 377 y ss.

Las ideas principales del trabajo han sido expuestas en el II Seminario de Teoría y Metodología celebrado por profesores de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Madrid en noviembre de 2013.

1. INTRODUCCIÓN: DEL “PROYECTO ANTIDISCRECIONALIDAD” A UN DERECHO ADMINISTRATIVO MENOS FORMALISTA
2. EL “POSITIVISMO TECNICO”
3. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA REALIDAD
4. EL “MENOSPRECIO Y LA MARGINACIÓN” DEL DERECHO
5. EL “MENOSPRECIO Y LA MARGINACIÓN” DEL DERECHO (y 2): ¿UN DERECHO ANÉMICO Y DESHILACHADO?
6. ¿RENOVACIÓN EPISTEMOLÓGICA Y METODOLÓGICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO?
7. LEGITIMACIÓN ADMINISTRATIVA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LOS PARADIGMAS HISTÓRICOS
8. BUENA GOBERNANZA, BUEN GOBIERNO, BUENA ADMINISTRACIÓN
9. TÉCNICAS JURÍDICAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL BUEN GOBIERNO Y LA GESTIÓN PÚBLICA DE CALIDAD. EN ESPECIAL, EL CONTROL JUDICIAL: ¿EXISTE EL RIESGO DE TENER UN DERECHO ADMINISTRATIVO MELLADO?
10. FINAL: POR UNA CIENCIA DE LO JUSTO Y DE LO ÚTIL
11. INTRODUCCIÓN: DEL “PROYECTO ANTIDISCRECIONALIDAD” A UN DERECHO ADMINISTRATIVO MENOS FORMALISTA.

INTRODUCCIÓN: DEL “PROYECTO ANTIDISCRECIONALIDAD” A UN DERECHO ADMINISTRATIVO MENOS FORMALISTA

Una de las preocupaciones existentes en algunos estudios doctrinales de los últimos años es la de reivindicar el papel del Derecho en la gestión pública, como una perspectiva necesaria, aunque no suficiente, de la misma². Una perspectiva, la legal, que debería abandonar “el acartonamiento de la corporación administrativista en el paradigma antidiscrecional”³, que considera la discrecionalidad como el Caballo de Troya del Estado de Derecho⁴ y no como una necesidad indisociable de la gestión pública en las sociedades modernas y una oportunidad para satisfacer con calidad los intereses generales.

Como señala SCHMIDT-ASSMANN⁵:

“Discrecionalidad no significa “libertad de elección”. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada (...). Por consiguiente, la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través de una serie de variados parámetros. Para que este mandato sea ejercido “correctamente” no se requiere sólo que la Administración no incurra en vicios jurídicos, pues la “corrección” de la actividad administrativa exige, además, que se cuiden los recursos disponibles y se propicie su aceptación por parte de sus destinatarios”

Parámetros jurídicos de orientación en positivo de la discrecionalidad que son ““orientaciones normativas de la acción administrativa” que van más allá de la mera legalidad y aspiran a la justicia” (como las ofrecidas por la proporcionalidad, la buena administración, la igualdad, la seguridad jurídica o la protección de la confianza legítima⁶).

Este enfoque de la doctrina administrativista más atenta y moderna muestra una preocupación creciente ante una actitud extendida entre algunos intérpretes del Derecho administrativo (jueces y tribunales, entre ellos, pero no únicamente), que se muestran reacios a mirar hacia fuera del ordenamiento jurídico para interpretar éste. También conecta con una reivindicación creciente del papel del Derecho administrativo en la gestión pública, como instrumento habilitador de la calidad de ésta con el respeto de los derechos implicados en la misma.

² Véase, por ejemplo, PRATS, J., “Derecho y management en las Administraciones Públicas”, *Ekonemiaz: Revista vasca de economía*, N°. 26, 1993 (Ejemplar dedicado a: La Nueva Gestión Pública: Factor de competitividad), pags. 130-143

³ PRATS, J., *De la burocracia al Management, del Management a la gobernaza*, INAP, Madrid, 2005, pág. 71

⁴ En este sentido, aunque referidas al Derecho Alemán, son elocuentes las palabras de HUBER considerando a la discrecionalidad administrativa “caballo de Troya del derecho administrativo del Estado de Derecho”, citadas por BULLINGER, M., “La discrecionalidad de la Administración. Evolución y funciones, control judicial”, *La Ley*, año VIII, núm. 1831, 30 de octubre de 1987, pág. 899, nota 26.

⁵ En su *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003, p. 221.

⁶ Ibid. pp. 347 y ss

Estas inquietudes enlazan con el pionero estudio de CAPO, que en 1990 planteaba la necesidad de un nuevo encuentro entre Derecho y Ciencia política, que recorrían caminos distintos en base a paradigmas diferentes⁷. Creemos con este autor, que otro encuentro es posible y que el diálogo fructífero es inevitable⁸, como a continuación intentaremos argumentar.

En las páginas que se inician aquí vamos a plantearnos dos cuestiones básicas. En primer lugar, ¿para qué sirve la ciencia política y de la Administración al Derecho administrativo?. En segundo lugar, y en sentido inverso, ¿para qué sirve el Derecho administrativo a la ciencia de la administración? O en otras palabras, ¿qué papel está correspondiendo hoy (y debe corresponder) a la ciencia del Derecho Administrativo en la definición de nuestras políticas públicas y en la reforma y mejora de nuestras Administraciones Públicas?

Estos es, más allá de gremialismos, nos preguntamos sobre epistemología y metodología de la ciencia del Derecho administrativo (entendiendo aquí como tal, la labor de la academia, de la doctrina administrativista).

¿Debería el papel del Derecho Administrativo crecer en el ámbito de formulación y definición de políticas públicas? ¿Debería simplemente mantenerse en la corrección litigiosa de las políticas públicas? Si se decidiera que el papel de la ciencia del Derecho administrativo debe ser éste último, entonces las utilidades de las ciencias que se ocupan de la Administración para el Derecho administrativo y de éste para aquéllas serían no inexistentes, pero sí limitadas. Pero entonces debería aceptarse el hecho de que la ciencia del Derecho administrativo es sólo la ciencia de la litigación contenciosa.

Sin negar la relevancia que la ciencia del Derecho administrativo tiene en la tecnología de la aplicación del Derecho en general y del control judicial en particular y sin discutir la importancia de éste último, creemos que el Derecho administrativo no se agota en el control judicial y que, como argumentaremos, puede, y debe, recuperar su papel en el concierto de las ciencias sociales con aportaciones sobre el diseño de políticas públicas en garantía de los derechos y del buen gobierno y la buena administración, esto es, del buen funcionamiento de lo público.

Sin embargo, algunos “mitos jurídicos” siguen interponiéndose en esa posible labor, como comprobaremos a continuación.

EL “POSITIVISMO TÉCNICO”

Para una determinada visión del Derecho, y del Derecho administrativo en particular, el ordenamiento jurídico se bastaría siempre y en todo caso a sí mismo, sin necesidad de tener en cuenta elementos no jurídicos en su aplicación. En definitiva, este tipo de enfoques nos ponen ante un tema clásico del Derecho, sobre el que se han vertido, y verterán, ríos de tinta. No es tampoco momento aquí para abordar en profundidad esta cuestión, aunque quizás sí para contrastar este punto de vista con alguna idea adicional.

Efectivamente, por un lado, el portillo de la “realidad social”, a que alude el art. 3.1 del Código Civil⁹, podría conducir a la disolución del Derecho en argumentos extrajurídicos y, cuando la interpretación se lleve a cabo por órganos judiciales, a una vulneración del principio de separación de poderes o de distinción funcional existente en nuestra Constitución, por cuanto serían éstos órganos los que al interpretar de tal modo se adjudicarían poderes que corresponderían al legislador y al poder ejecutivo. Pero por otro lado, prescindir de la realidad social en la interpretación normativa podría conducir a un positivismo formalista, desconectado de la sociedad a la que, en definitiva, el Derecho trata de regular; lo que CAILLOSSE ha denominado «positivismo técnico» que impregna la doctrina universitaria y que podría resumirse de la siguiente manera: no se «sabrá ser jurista» sin tener deliberadamente las palabras y las cosas jurídicas estudiadas a buena distancia de su contexto social¹⁰.

Nos situamos, entonces entre la Escila de la arbitrariedad del intérprete (en su caso judicial) y la Caribdis del formalismo estéril que conduce al Derecho, y a los operadores jurídicos, a funcionar en el cielo de los conceptos jurídicos a que aludió IHERING. Para salir de este trance, habrá que ser prudente ante la “realidad social” y su uso como criterio interpretativo, ciertamente, pero parece difícil negarle algún papel.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en sus declaraciones sobre el art. 3.1 del Código Civil, si bien se muestra prudente, evita confundir la interpretación sistemática con la basada en la realidad social. Así, señala que la interpretación del Derecho no se acaba en el propio Derecho, aunque no todo elemento jurídico sea vá-

⁷ CAPO GIOL, J., *Ciencia Política y Derecho*. Otro encuentro, PPU, Barcelona, 1990.

⁸ De acuerdo con la cita del propio CAPO con la que iniciamos este trabajo.

⁹ El art. 3.1 del Código Civil, como es sabido, exige la interpretación normativa “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”

¹⁰ CAILLOSSE, Jacques (2007): «Droit administratif et sciences sociales», en RUFFERT, Matthias (ed.): *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Sellier, pp. 171 y ss

lido como criterio de interpretación en todo caso, pues, por ejemplo STS de 18 de diciembre de 1997: “[El elemento sociológico en la interpretación de las normas] no puede tergiversar la ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria”, dado que, por ejemplo, STS de 24 de diciembre de 1990, “la interpretación de las normas al amparo de la realidad social no puede llevar a conculcar el tenor literal de un precepto”, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la STS de 18 de diciembre de 1997,

“[El art. 3.1 del Código Civil] contiene solo una llamada a la profundización en el conocimiento de la realidad social para descubrir mejor el espíritu y finalidad de [las normas]”.

Un ámbito donde la realidad social y la aportación de otras ciencias sociales para su conocimiento (ciencia política, economía, sociología, antropología...) pueden tener un peso importante en la interpretación del Derecho administrativo es la integración de conceptos jurídicos indeterminados con un margen valorativo que crecientemente trufan nuestras normas¹¹.

Desde luego, también deberían tenerlo, entendemos, en la doctrina científica administrativista, la cual junto a aproximaciones históricas, cuyo uso y utilidad está ampliamente aceptado doctrinalmente, debería tener en cuenta, además, elementos ofrecidos por otras ciencias sociales, para evitar aproximaciones formalistas a sus objetos de estudio. El Derecho administrativo español debería ser «revisitado» por las ciencias sociales, pues la Ciencia del Derecho Administrativo, como señala SCHMIDT-ASSMANN, «no puede quedarse en la construcción dogmática de cada una de las instituciones y reglas. Al Derecho administrativo le interesan también las condiciones o presupuestos que hacen que una institución sea eficaz. Ello implica insertar cada una de esas instituciones en un contexto más amplio, analizar sus relaciones recíprocas e interacciones, (...) la ciencia del Derecho administrativo ha de ser concebida como una ciencia de dirección, como una ciencia que aspira a dirigir con eficacia los procesos sociales»¹².

En esta línea, CAPO disiente de la opción adoptada en la doctrina iusadministrativista dominante, cuando ante las ciencias sociales ésta se decanta por “decir rotundamente (...) que estas ciencias diversas, una a una y todas ellas, carecen de toda relevancia para lo que ha de ser hoy” el Derecho público¹³, pues según CAPO es preciso sostener que el Derecho es una ciencia social que necesita de otras ciencias sociales, así como aquéllas deben tener en cuenta a éste, dado que el método jurídico “es incapaz de dar cuenta – y a la vez lo necesita- de cinco fenómenos relevantes que acompañan al dato jurídico” como son la historicidad, la intersubjetividad (“el papel de las ideologías y de los elementos simbólicos en el funcionamiento estatal”), la conflictividad (“el contexto de conflicto y consenso en el que se desarrolla la acción política”), la organización (“la textura organizativa del derecho del Estado intervencionista”) y el rendimiento (“los problemas de eficacia y eficiencia”)¹⁴.

Estas cinco variantes “constituyen la esencia misma de la investigación politológica”, por lo que es imprescindible hacer efectiva “la posibilidad de “establecer un diálogo fructífero”¹⁵ entre Derecho y Ciencia Política, y otras ciencias sociales, añadimos nosotros, otro encuentro distinto del tradicional, en el que “la ciencia jurídica ha definido una metodología propia, marginando aportaciones sociológicas, politológicas o incluso históricas” mientras “por su parte, la Ciencia Política ha recorrido un camino de progresivo alejamiento de los aspectos legales”¹⁶.

En definitiva, y en lo que ahora nos importa, es precisa una nueva Ciencia del Derecho administrativo en el siglo XXI, lo que exige innovación dogmática, con menos formalismo y más realismo, en conexión con un mayor protagonismo del empirismo¹⁷. Como ha sido señalado, las objeciones presentadas en ocasiones respecto a que los métodos empíricos aplicados al Derecho sean inútiles - por poco concluyentes o por costosos - no se sostienen, mientras, por otro lado, “si la función del Derecho es crear los incentivos adecuados para que los individuos se abstengan de realizar ciertas conductas consideradas perjudiciales para la comunidad y lleven a cabo otras social-

¹¹ En este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Realidad Social y Jurisprudencia. Diez Tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Colex, 2005, pág. 169.

¹² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2006): «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en BARNES, Javier (ed.): *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, p. 38, especialmente.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en el prólogo a *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

¹⁴ CAPO GIOL, J., “El Derecho y la Ciencia Política”, en CASTELLÀ, J.M., (Coord), *La constitución y el ordenamiento jurídico*, Atelier-UB, 2005, pp. 464.

¹⁵ Ibidem, pág. 23

¹⁶ CAPO GIOL, J., *Ciencia Política y Derecho*. Otro encuentro, PPU, Barcelona, 1990, pág. 18.

¹⁷ COGLIANESE, C., “Empirical Analysis and Administrative Law”, *University of Illinois Law Review*, 2002, pp. 1111 y ss. (consultable en: <http://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2002/4/Coglianese.pdf>). Este enlace, como el resto que aparecerán ha sido visitado por última vez en enero de 2014) y entre nosotros, DOMÉNECH PASCUAL, G., “Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico”, en ORTEGA, L. y DE LA SIERRA, S., *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2009, pp. 159 y ss.

mente valiosas, resulta de fundamental importancia verificar si las decisiones jurídicas producen efectivamente, en el terreno de los hechos, los resultados apetecidos”¹⁸.

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA REALIDAD

En la doctrina administrativista española, con respecto al papel del Derecho administrativo en la gestión pública es pertinente la cita del trabajo del profesor Alejandro NIETO, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, publicado en la RAP, nº. 76, de 1975, donde se destacaba que “en definitiva, de lo que se trata es de que el jurista, en cuanto técnico del Derecho, formule y ponga a disposición de la sociedad técnicas concretas que hagan viable la realización de los intereses colectivos y generales, de la misma manera que ahora existen ya para la defensa de los derechos individuales”.

El mismo profesor NIETO recordaba unos años más tarde, en su introducción a 34 Artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario¹⁹, como la inicial preocupación de los autores clásicos por el buen funcionamiento administrativo se fue diluyendo posteriormente, concentrándose el Derecho Administrativo sólo en el “arte de defender a los particulares”.

La pregunta pertinente es: ¿por qué sucedió esto? Dado que como ha señalado CAPO, los desencuentros históricos entre Derecho y Ciencia Política se explican en parte por “una lucha por el poder aunque sea levemente matizado por la expresión “poder académico”²⁰, sería interesante investigar como la implantación del Plan de Estudios de 1953 en las Facultades de Derecho condujo, en el contexto además de una dictadura, a una rigidificación progresiva del Derecho Administrativo, necesitado de ganarse una legitimidad académica y una rigurosidad “científica” que aconsejaron a la doctrina administrativista finalmente dominante, y que tanto contribuyó en positivo a su avance, a alejarse de “aventuras” interdisciplinares que pusieran en entredicho la solidez (*?autista?*) del método jurídico, basado en que los juristas debían “ocuparse sólo de normas, atentos exclusivamente a la relación que éstas establecían entre ellas y olvidándose de los factores políticos o sociales, culturales, económicos que las habían producido y olvidarse de sus efectos”, puesto que hacer lo contrario “suponía, al menos en el plano teórico una renuncia a los postulados de la propia ciencia y una acusación de sociologismo o de falta de rigor científico”²¹.

Estas inquietudes originales en torno al papel del Derecho Administrativo en relación con el buen funcionamiento de la Administración creemos deben ser recuperadas y tienen que ser potenciadas en vista del marco constitucional y estatutario vigente, influido por desarrollos europeos, como veremos a continuación²². Como se argumentará, existen diversas técnicas jurídicas propias del Derecho Administrativo que pueden contribuir a hacer realidad el derecho a una buena administración y la calidad de la gestión pública, reforzando así la legitimación administrativa y que deben ser conocidas y utilizadas por los gestores públicos en el desarrollo de las políticas públicas, mientras que el Derecho administrativo, a su vez, y sin disolverse en ellas, puede y debe incorporar aportaciones de otras ciencias sociales si quiere mantener su dinamismo y utilidad.

EL “MENOSPRECIO Y LA MARGINACIÓN” DEL DERECHO

Pero junto al positivismo formalista, también se han puesto reiteradamente de relieve los problemas que otro enfoque, simétricamente opuesto al anterior, provoca. Se trata de la ignorancia, el desconocimiento y/o el desprecio por el Derecho en el ámbito de la gestión pública. Este enfoque es desafortunado, pues, como señala PRATS:

“es un grave error la actitud de menosprecio y marginación del Derecho manifiesta en tantos programas y “modernizadores” administrativos que viven una grave confusión: habiendo aprendido que “no se cambia la Administración por decreto” creen que es posible cambiar al margen del Derecho. Y actuando así no sólo provocan graves desajustes entre las prácticas informales y la legalidad formal, con el consiguiente desorden y riesgo de corrupción, sino que provocan también que muchos meritorios esfuerzos de cambio acaben siendo fagocitados por las instituciones formales vigentes a las que se renuncia de entrada a replantear”²³.

¹⁸ DOMÉNECH PASCUAL, G., “Principios...”, op.cit., pág. 168.

¹⁹ INAP, 1983, pág. 44

²⁰ CAPO GIOL, J., Ciencia Política y..., op.cit., pág. 17.

²¹ Ibidem, pp. 25 y 26.

²² En la línea defendida con brillantez y vehemencia por PRATS PRATS, J., *De la burocracia al Management, del Management a la gobernanza*, INAP, Madrid, 2005, pág. 128: “la gran tarea jurídica está en definir el aporte del Derecho al buen aprovechamiento de la oportunidad de racionalidad que la discrecionalidad supone”.

²³ PRATS, J., *De la burocracia al Management, del Management a la gobernanza*, INAP, Madrid, 2005, pág. 74.

Efectivamente, no siempre desde otras ciencias sociales que contribuyen a la ciencia de la administración se ha entendido y respetado el papel de lo jurídico. CAPO ha criticado una cierta visión de la Ciencia Política acusada de “contextualismo y reduccionismo que incide en una misma idea: la confusión de la ciencia política con un sociologismo y el olvido de la dimensión institucional”, que conduce a olvidar los factores “organizativos, jurídicos, institucionales, estatales, para centrarse en los elementos contextuales, especialmente la estratificación social”, lo que ha conducido a que SARTORI se refiera a “el olvido de las estructuras jurídico-constitucionales (son sus palabras) como reacción frente al formalismo jurídico de la Teoría del Estado”²⁴.

Existen, sin embargo, movimientos interesantes de revitalización de las conexiones entre Ciencia Política y Derecho, de la mano, por ejemplo, del denominado *enfoque de derechos humanos de políticas públicas*, entendido como “una nueva perspectiva para concebir y diseñar políticas públicas tendientes al desarrollo humano en el marco de un proceso de concertación entre el Estado y la sociedad civil”, basado en una revalorización del Derecho partiendo de la base de la interdependencia entre los distintos derechos humanos, con la pretensión de “presentar una nueva aproximación para entender las políticas públicas en derechos humanos desde una perspectiva intermedia entre la ciencia jurídica y las ciencias políticas, entre los planteamientos puramente jurídicos y los planteamientos politológicos”²⁵, que puede ser de gran utilidad, por ejemplo, para la actividad de las organizaciones no gubernamentales del tercer sector en relación con las políticas públicas de recortes de derechos sociales.²⁶

EL “MENOSPRECIO Y LA MARGINACIÓN” DEL DERECHO (Y 2): ¿UN DERECHO ANÉMICO Y DESHILACHADO?

Los peligros que acechan al Derecho por el menospicio y el olvido de éste no son menores. Los partidarios del Management que ven en el Derecho un artefacto inútil, pasado de moda y formalista pueden estar conduciendo a una degradación paulatina de la calidad del ordenamiento jurídico y de su capacidad para defender adecuadamente los derechos de los ciudadanos y evitar la corrupción y promover la buena gestión. Entre esos peligros, aquí vamos a referirnos brevemente a tres: el papel del *soft law*, el denominado Método Abierto de Coordinación (MAC) en la UE y la agresión a derechos constitucionales vinculadas a recortes públicos de prestaciones y gasto.

En cuanto al *soft law*, estudiado entre nosotros por SARMIENTO²⁷ y que ha sido objeto del Estudio anual de 2013 del Consejo de Estado francés²⁸, su creciente importancia tiene conexiones con los cambios acaecidos en el papel de lo público en las sociedades y en el surgimiento del paradigma de la gobernanza al que luego nos referiremos. En todo caso, aceptando su utilidad en ciertos casos y reconstruyendo la teoría jurídica para ponderar su posible vinculación jurídica, lo cierto es que, como indica el propio Consejo de Estado francés, sería ilusorio negar riesgos reales relativos a la legitimidad y a la seguridad jurídica que pueden conducir al deterioro de lo jurídico y de los derechos de los ciudadanos.

Sobre todo, si, desde el menospicio al Derecho, se acaba considerando que la parte es el todo, esto es, que no existe *soft law* y *hard law*, sino que todo el derecho es *soft*. Riesgo no irreal: baste con dar un vistazo al Libro Verde de la Comisión Europea *Fomentar un Marco Europeo Para la Responsabilidad Social de las Empresas*, de 2001, en cuyo Anexo se establece como definición de norma la de “conjunto de procedimientos, prácticas y especificaciones aceptadas ampliamente”²⁹.

En cuanto al MAC, basado en las mejores prácticas y en paradigmas del Management como mecanismo de coordinación entre Estados miembros de la UE, es conocido como el *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea de 2001*³⁰ señala en su página 24 como éste:

“El método abierto de coordinación se emplea caso por caso. Ofrece 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

24 CAPO GIOL, “Derecho y...”, op.cit., pp. 465 y ss.

25 JIMÉNEZ BENÍTEZ, W.G., “El enfoque de Derechos Humanos y las Políticas Públicas”, Univ. Sergio Arboleda. Bogotá (Colombia) 7 (12): 31-46, enero-junio de 2007.

26 Así, por ejemplo, OCHOA, G., *Políticas públicas con enfoque de derechos y organizaciones no gubernamentales en Chile*, Germina, 2011, consultable en: http://www.germina.cl/wp-content/uploads/2011/09/publicacion5_politicas_publicas_derechos_ong.pdf y LAMARCA, I., (ARARTEKO), “Los derechos humanos como base de las políticas públicas en tiempos de crisis económica”, en *Los Derechos Sociales en Tiempos de Crisis*, Colección Derechos humanos “Francisco de Vitoria”. Jornadas 2012, consultable en: http://argitalpen.ararteko.net/index.php?leng=cast&id_l=58

27 SARMIENTO, D., *El soft law administrativo*, Thomson-Civitas, 2008.

28 CONSEIL D’ETAT, Étude Annuelle 2013 “Le droit souple”, La Documentation Française, http://www.conseil-etat.fr/fr/communiques-de-presse/etude_annuelle_2013_le_droit_souple-kuy.html

29 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0366es01.pdf

30 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf

materialización de tales objetivos, lo que permite a los Estados miembros establecer una comparación entre sus respectivos esfuerzos y aprender de la experiencia ajena”

Ahora bien, el propio libro blanco se cuida mucho de destacar en la página 25 que “la utilización de este método no debe romper el equilibrio institucional ni diluir la realización de los objetivos comunes recogidos en el Tratado. En particular, no debería excluir al Parlamento Europeo del proceso de decisión política. El método abierto de coordinación debería completar, nunca sustituir, la acción comunitaria”. Pues bien, distintas voces llevan tiempo advirtiendo de cómo el MAC está sustituyendo, no complementando al Derecho en diversos ámbitos, por ejemplo en relación con la vivienda y la inclusión social, evitando el control del TJUE, legitimando la inacción y la disolución de las concretas obligaciones jurídicas asociadas a derechos, tras el velo de una jerga político-burocrática que no sería más que humo sofisticado que encubriría la falta de diligencia³¹.

Finalmente, por lo que se refiere a los recortes y la estabilidad presupuestaria ahora prevista en el art. 135 CE, las políticas públicas de austeridad dirigidas en los últimos años a la eficiencia y el ahorro de recursos públicos a toda costa, no es infrecuente que desconozcan y prescindan de las garantías jurídicas de los derechos sociales: abuso de la fórmula del Real Decreto-Ley, ausencia de respeto del mínimo esencial de dichos derechos protegido constitucionalmente, defectuosa ponderación de hechos e intereses antes de adoptar la reversibilidad de las prestaciones sin evaluación de los impactos sociales asociados a la decisión, motivación insuficiente, etc³².

En fin, basten estos tres ejemplos sucintamente expuestos para poner de relieve como el menoscabo del Derecho en el desarrollo de políticas públicas puede conducir a graves perjuicios para concretos derechos de las personas, con consecuencias económicas, sociales y ambientales negativas.

En definitiva, coincidimos con PRATS, a la vista de todo lo expuesto, respecto a que es precisa,

“una renovación gerencial de nuestras Administraciones Públicas tanto como una renovación paralela y coherente de su Derecho. (...). La gran tarea actual nos parece ser, precisamente, la de hallar el óptimo histórico de equilibrio entre estos principios en tensión, lo que implica esfuerzo tanto de renovación del Derecho administrativo como de formulación de un Management específico de las Administraciones públicas”³³.

¿RENOVACIÓN EPISTEMOLÓGICA Y METODOLÓGICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO?

Como se ha señalado, “El Derecho juega en relación al management un triple rol: 1) por un lado, es el marco institucional en el que nacen las organizaciones y que constriñe la libertad de acción de los actores; 2) por otro lado, es también instrumento para la obtención de finalidades específicas; c) finalmente, también es objeto de la práctica gerencial en la medida en que ésta, a la vista del proceso de aplicación o inaplicación de las normas, se constituirá en agente para su defensa o su modificación, y ello tanto en relación al Derecho-institución como al Derecho meramente instrumental”³⁴

En definitiva, a la luz de lo expuesto hasta el momento, la lucha jurídica contra las inmunidades del poder³⁵ debe evolucionar hasta convertirse en la lucha por la buena administración. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA sostuvo hace ya más de cincuenta años que:

“Al término de esta formidable reducción de la discrecionalidad queda de ésta un último residuo, aquel en el que se manifiesta como una apreciación de valores singulares (la oportunidad es sólo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste.

31 Vid. KENNA, P., *Los Derechos a la vivienda y los Derechos Humanos*, Prohabitge, 2006, pp. 138 y ss. y la bibliografía allí citada.

32 Por todos, PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013, disponible gratuitamente en: http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Monografias/el_derecho_y_la_reversibilidad/EI%20derecho_y_%20la_reversibilidad.pdf

33 PRATS, J. De la burocracia..., op.cit., pág. 74.

34 PRATS, J., *De la burocracia al Management, del Management a la gobernaza*, INAP, Madrid, 2005, pág. 126, cursivas nuestras. Véase CHEVALLIER, J., *Science Administrative*, Puf, 2007, 4ta ed., pág. 253: “Le droit n'est pas seulement pour l'administration une limite, mais encore un instrument d'action”

35 En la clásica formulación de GARCIA DE ENTERRIA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, número 38, Mayo/Agosto 1962, pp. 159 y ss, texto que recoge la conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, donde como el autor recuerda estudió durante un año el mismo, el día 2 de marzo de 1962, dentro del curso *El Poder y el Derecho*, organizado por la «Promoción Manuel Ballbé» de 1962. Es consultable en: <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3n/revistas-electr%C3%B3nicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227>

Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales—lo general es justamente lo propio del Derecho, en donde radica su objetividad, y no en apreciaciones subjetivas y contingentes de la justicia de los casos concretos. Es en esa libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede pretender sustituir. El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades”³⁶

Estando vigente estas afirmaciones tanto ahora como cuando fueron pronunciadas, pudieran sin embargo ser malinterpretadas en el siguiente sentido. Que el ordenamiento jurídico abra espacios discretionarios no significa, en realidad, que entregue una *libertad* total de decisión a la Administración, que podría entonces elegir entre *indiferentes* jurídicos. La discrecionalidad no es equivalente a indiferencia para el Derecho³⁷. La solución discrecional no es indiferente para el Derecho, aunque el control judicial no pueda controlar lo extrajurídico (porque el control judicial contencioso es sólo una parte del Derecho administrativo, aunque muy relevante como se argumentará³⁸), porque este Derecho puede y debe señalar que aquella sea el resultado de un comportamiento sometido al cumplimiento de una serie de deberes jurídicos positivos (organizativos y procedimentales) con un determinado estándar de diligencia que debe ser respetado en garantía de la buena gestión pública (o de la buena administración, constituida ahora en derecho en determinadas legislaciones).

El control judicial, efectivamente, no puede invadir ámbitos que no le corresponden, modificando el resultado - el acto, el reglamento, el plan - en base a criterios metajurídicos. Pero, ¿puede el Derecho administrativo influir sobre la calidad de ese resultado orientando el modo de ejercicio de la potestad? ¿Puede el Poder Judicial luego controlar que ese ejercicio se desarrolle de conformidad con los deberes de comportamiento constitucionales y legales?

Consideramos que la respuesta es afirmativa en ambos casos³⁹ y ello debería conducir a un replanteamiento epistemológico del Derecho Administrativo, cuando éste entra ya en el “siglo de la buena administración”⁴⁰. Y a su vez, tal replanteamiento epistemológico que nos conduzca a ocuparnos de la realidad debería llevarnos a modificar nuestra metodología y a utilizar, por útiles, aportaciones provenientes de otras ciencias que nos permitan intervenir en

³⁶ Ibidem. Pág 179.

³⁷ Así, FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, op.cit., pp.632 y ss, y CHINCHILLA MARIN, C., *La desviación...*, op.cit., pp. 151 y ss. y en la segunda edición de la misma obra, pp. 219 y ss., aunque con carácter previo, pág. 20, la autora citada no descarta, quizás paradójicamente, que en la discrecionalidad pueda existir un espacio regido por reglas que no formen parte del Derecho., quienes partiendo del deber de la Administración de adoptar en el desarrollo de su discrecionalidad la solución más adecuada al interés general - aspecto en el que coincidimos con ellos - llegan a la conclusión, que no podemos compartir, de que es función propia de la jurisdicción contenciosa penetrar en la entraña misma de la decisión, corrigiendo el criterio utilizado por la Administración para ponderar los intereses envueltos y elegir entre las posibles alternativas.

³⁸ En el interesante debate doctrinal iusadministrativista español en la década de los noventa del siglo pasado éste fue un punto de común acuerdo. Puede consultarse: Tomás-Ramón FERNANDEZ, mediante sus trabajos *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, REDA, nº 76, octubre-diciembre 1992, pp. 511 y ss., “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, REDA, nº 80, octubre-diciembre 1993, pp. 577 y ss., y “Debe la Administración actuar racional y razonablemente?”, REDA, nº 83, julio-septiembre 1994, pp. 381 y ss. - trabajos recogidos con posterioridad en *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994 -, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, SANCHEZ MORON, Miguel, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1993, y “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 145 y ss., BELTRAN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, y GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, y “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, REDA, nº 89, enero-marzo 1996, pp. 69 y ss. Vid. también los recientes trabajos de BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, y DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

³⁹ En el caso del control judicial, recuérdese la EM de la LJCA de 1956, cuyas palabras encuentran perfecto acomodo en los arts. 9.3, 31.2 y 103 y 106 CE ahora: “...la necesidad de una Jurisdicción contencioso-administrativa eficaz trasciende la órbita de lo individual y alcanza el ámbito de lo colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como un entorpecimiento a la buena y recta administración. Y de ahí la certeza del aserto de que cuando la Jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimienta la autoridad pública”.

⁴⁰ CASSESE, S., “Il diritto a la buona admmínistrazione”, European Review of Public Law, vol. 21, núm. 3, otoño de 2009, pp. 1037 y ss.

la construcción de una Ciencia de la Administración en el marco de nuestro Estado de Derecho, desarrollando más la investigación sobre el Derecho, no sólo dentro del Derecho, fundamental y dirigida a la mejora del ordenamiento jurídico⁴¹.

En esa línea, no nos debiera bastar ya con que la actuación pública no sea arbitraria; es posible exigir además que respete el derecho a una buena administración que posibilite la calidad de la gestión.

La calidad se refiere no sólo a los resultados sino también a las interacciones entre niveles de gobierno con las organizaciones empresariales y la sociedad civil, y, por lo tanto se da la mano con la idea de buena gobernanza, a la que enseguida aludiremos. El Derecho administrativo tiene que ver con la calidad y tiene un papel propio en la promoción de ésta, como expresa ahora la obligación jurídica, a la que nos referiremos luego también, de desarrollo de una buena administración⁴².

Como pone de relieve para el caso francés CHEVALLIER:

“dans la mesure où la realization de ces exigences passe largement par le “canal du droit”, on assisterait à une “juridicisation” progressive, bien qu’indirecte, de la qualité administrative... on voit comment un principe managerial, conçu en fonction de l’évolution du contexte socio-économique, va être progressivement saisi par le droit, comment il sera lui-même phagocyté par l’empreinte de la rationalité juridique et comment il contribuera en retour à faire évoluer le droit existant; elle souligne aussi la logique d’interaction qui existe désormais encore les orders juridiques interne et externe”⁴³.

El Derecho debe, pues, implicarse en la calidad de la gestión, aunque sin perder su rigurosidad técnica, ni disolverse en otras ciencias, ni abandonar parámetros jurídicos, evitando en concreto el control judicial tentaciones extrajurídicas y el bien conocido y frecuentemente citado “gobierno de los jueces”. Esa aversión a “caer en el olvido de la normatividad”, como señala CAPO, probablemente explique la preocupación en la segunda mitad del Siglo XX de la doctrina administrativista por consolidar el método jurídico, expurgando del análisis jurídico otras ciencias sociales⁴⁴.

Sin embargo, lo que en el siglo XX fue funcional, como una estrategia de consolidación y crecimiento del Derecho administrativo, puede convertirse en el siglo XXI en disfuncional, en una *camisa de fuerza* que lo esterilice y lo haga crecientemente prescindible en el concierto de ciencias sociales (Economía, Ciencia Política, etc.) que pretenden contribuir al mejor funcionamiento de las instituciones públicas. Cabe preguntarse, como lo hace LÓPEZ MEDINA, si el hiperformalismo jurídico “no está originando un déficit de conocimiento que pone a los abogados en franca desventaja frente a las nuevas élites profesionales con las que se disputa el control del Estado y su derecho”⁴⁵, como es el caso de los economistas⁴⁶.

He ahí, en nuestra opinión, uno de los retos, sino el reto, del Derecho administrativo (y de los administrativistas) del Siglo XXI: seguir siendo útil y valioso, manteniendo su esencia y rigurosidad e introduciendo la flexibilidad precisa para absorber las aportaciones de otras ciencias, sociales o no (pensemos en la neurociencia, por ejemplo) y para hacerse, a su vez, imprescindible a éstas.

LEGITIMACIÓN ADMINISTRATIVA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LOS PARADIGMAS HISTÓRICOS

Para abordar ese reto, conviene saber de dónde venimos y donde estamos. En este sentido, diversos paradigmas históricos, utilizando el término en el sentido de KUHN⁴⁷, pueden identificarse en relación con el papel de

41 Sobre epistemología y metodología jurídica, véase CHYNOWETH, P. “Asepctos epistemológicos, metodológicos y culturales de la investigación jurídica”, *Administración & Ciudadanía*, vol. 3, num. 2, 2008, pp. 29 y ss., consultable en: <http://www.lawlectures.co.uk/administracion.pdf>

42 CLUZEL-MÉTAYER, L., *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, con prólogo de Jacques Chevallier en éste sentido. En opinión de PRATS, la buena administración está muy relacionada con la autoexigencia administrativa de calidad en los servicios públicos, aunque va más allá de ella, pues aporta un elemento externo configurado por los ciudadanos que ejercen un derecho y presionan para el impulso de dicha calidad. Vid. « La lucha contra... », op.cit., pp. 20 y ss.

43 Prólogo de CHEVALLIER al libro de CLUZEL-MÉTAYER *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, pp. XIV y XVI.

44 CAPO GIOL, J., “Derecho y...”, op.cit., pág. 462.

45 LOPEZ MEDINA, D., “El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura del Estado colombiano”, *Revista de Derecho Público*, Junio de 2006, pp. 3 y ss.

46 Véase DEZALAY, Y y GARTH, B., *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar el estado latinoamericano*, ILSA/Universidad Nacional, Bogotá, 2002, consultable en: <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CDMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Flibros%2Flibro.htm%3F%3D1656&ei=blRpUoPfHYnsswaggIDQCQ&usg=AFQjCNG-8-v7atXGdAS3RughRnGViAhBdw&bvm=bv.55123115,d.Yms>

47 KUHN, T.S., *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago, 3^a ed., 1996. Existe traducción al español: *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981.

La utilización de estos conceptos en la Ciencia del Derecho ya ha sido ensayada en diversas ocasiones. Véase por ejemplo la aplicación que

las Administraciones y del Derecho.

Obviamente, no se trata de paradigmas sucesivos temporalmente, en el sentido de presentar una evolución lineal, sucumbiendo los anteriores frente a los posteriores. Todos ellos son todavía útiles para abordar el tema de la legitimación administrativa, por cuanto unos y otros se acumulan, como estratos geológicos, y son empleados, y pueden ser válidos, para explicar distintos tipos de actividad administrativa, desde distintos puntos de vista, prevaleciendo unos u otros en función del momento y de la opinión de la comunidad jurídica⁴⁸.

Una visión de la legitimación administrativa, como es sabido, es la legitimación derivada de la ejecución de la Ley. Desde esta perspectiva, la Administración Pública estaría legitimada en la medida en que se dedique a ejecutar la Ley aprobada por los representantes democráticos del pueblo. Esta ejecución dotaría la Administración de legitimidad democrática, a través de un sistema de conexiones entre el pueblo, sus representantes, el Gobierno y, finalmente, la Administración, racionalizando su actuación. Un destacado exponente de este modelo de racionalidad formal, como es conocido, es WEBER.

Es lo que Joan PRATS denomina el paradigma burocrático vigente monopolísticamente hasta mediados de los años 70 del pasado siglo. En él se forma el Derecho Administrativo clásico y en él todavía pervive como paradigma dominante.

Este modelo «formal» de legitimación administrativa, en la cual la Administración se limitaría a ser una «correa de transmisión», en expresión de STEWART, de la Ley, pudo ser suficiente en el contexto del Estado liberal y mientras la actividad administrativa se limitó a la ejecución de programas normativos simples. Sin embargo, el tráfico en el Estado Social y la progresiva extensión y complejidad de las tareas administrativas revelaron la insuficiencia de este modelo de legitimación⁴⁹.

A caballo entre el siglo XIX y el siglo XX, ya DUGUIT puso de relieve como la cuestión de la legitimación administrativa no dependía sólo de la ejecución de la Ley, sino que estaba ligada a la realización de prestaciones materiales, en la idea del Servicio Público. En el Estado Social la Administración ya no es importante sólo por lo que sea, como ocurriera en el Estado liberal, sino por lo que hace.

Este cambio afecta también en la estructura de las normas programadoras de la actividad administrativa, *aumentando los espacios discretionales*. Este aumento de la discrecionalidad comporta, a su vez, dos consecuencias que nos interesa ahora hacer resaltar: un impacto sobre el concepto tradicional en nuestra cultura jurídica de interés general y sobre la legitimidad administrativa basada en la ejecución de la ley.

En primer lugar, la existencia de crecientes ámbitos discretionales cuestiona el entendimiento, tradicional en la cultura continental europea, del interés general como un monológico interés trascendente de los intereses de los ciudadanos y susceptible de ser concretado sólo por la Administración, en virtud de su *expertise*.

Un rasgo característico de nuestras sociedades complejas es, en expresión de John RAWLS, el *fact of pluralism*: un radical pluralismo en las maneras de entender el mundo y una variedad de valores no siempre conciliables⁵⁰. Pluralismo que impide que la Administración pueda encontrar el interés general, en una instancia enajena a la sociedad, sólo a su pericia y conocimiento accesible, sino que tiene que encontrar éste conociendo y ponderando los intereses privados y públicos de qué está compuesto. En resumidas cuentas, el interés general es *inmanente* no trascendente a los intereses de los ciudadanos⁵¹.

La segunda consecuencia del aumento de discrecionalidad es que este fenómeno hace entrar en crisis el criterio de la racionalidad legal. La legitimidad democrática de la Administración, apoyada, en gran parte, en la idea de ejecución de la ley como expresión de la voluntad popular, se debilitaría según algunas opiniones, ya que la ley ya no expresa cuáles sean los intereses generales, sino que confiere su definición al Gobierno, a quien difícilmente,

realiza el profesor de Derecho Constitucional Laurence TRIBE, en su artículo “The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics”, en el número 103 de noviembre de 1989 de la *Harvard Law Review*. En España, puede consultarse el trabajo de GONZÁLEZ NAVARRO, F., “La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico (una nueva terminología en la reciente jurisprudencia)”, en AA.VV. *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al Profesor GARRIDO FALLA*, Vol.I., Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 143 y ss., así como ZULUETA PUCEIRO, E., *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, EDERSA, 1981.

48 PRATS i CATALÀ, J., *De la burocracia al Management. Del Management a la Gobernanza*, INAP, Madrid, 2005. Sobre la aplicación de la noción de paradigma a las ciencias sociales, vid. PETTIGREW, T.F (1996)., *How to Think Like a Social Science*, Longman, p. 29.

49 La expresión “correa de transmisión” (*transmission belt*) procede del clásico trabajotreibungfeina de STEWART, R.B., “The reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 88, nº. 8, 1975, pág. 1675

50 RAWLS, J. (1987), “The Idea of an Overlapping Consensus”, 7 OXFORD J. LEGAL STUD. 1, 4.

51 Sobre el concepto de interés general, su inmanencia y la distinta tradición jurídica en el Common Law y en el Règim administratif, vid. DENIS, B. (Ed) (2008), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, La documentaton Française.

a diferencia del Parlamento, representa a todos los intereses sociales, mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, o a la propia Administración, mediante el desarrollo de sus espacios de decisión.

Si bien es cierto que tal legitimidad subsiste, ya que se funda también en la dirección política ejercida por el gobierno e introducida en la Administración a través del principio de jerarquía, decrece su intensidad, la cual no puede ser compensada con un simple incremento de la dirección política mencionada sin comprometer la imparcialidad y objetividad del actuar administrativo (art. 103 CE), en una tensión bien conocida entre política y Administración.

El Derecho Administrativo clásico formado en el paradigma burocrático está intentando adaptarse a esta nueva realidad, superando su tendencia histórica a aparecer como un elemento *antidiscrecional* (en el que la discrecionalidad es entendida, como ya mencionamos antes, como un caballo de Troya en el Estado de Derecho) y evolucionando hacia un proyecto en el que el Derecho no sólo elimina la discrecionalidad o, como mal menor, la limita externamente, sino que orienta y guía el ejercicio de la misma, mediante reglas y principios.

Un proyecto, pues, en el que cada vez es más difícil de aceptar que la discrecionalidad sea una elección entre *indiferentes jurídicos*, dado que al Derecho no le es indiferente que se tomen buenas decisiones. Otra cosa es que, dado que el núcleo de la decisión es extrajurídico, el Derecho no pueda prefigurar, reglar, la decisión final. Pero sí puede, en todo caso, orientar la toma de la decisión, mediante, por ejemplo, el diseño procedural y organizativo, y exigir una rendición de cuentas, *accountability*, con un reforzamiento de la fundamentación y motivación de las decisiones (actos, normas o planes) que se adopten, en cumplimiento del deber de buena administración.

Ocurre entonces que, en el servicio a los intereses generales, la Administración, en numerosas ocasiones, ya no puede legitimarse sólo en la ejecución de la norma que los contempla, sino que tiene que buscarlos ella misma. En este contexto, los ciudadanos demandan, cada vez más, que se les tome en consideración en el desarrollo de la actividad administrativa y que se les justifiquen las razones de ésta, expresándose en forma incluso violenta, en caso de percibir ausencia de diálogo, a través de acciones cívicas de protesta masiva, que tienen lugar en relación con decisiones de alto voltaje social, como por ejemplo la ubicación de infraestructuras conflictivas, el conocido fenómeno NIMBY (plantas de tratamientos de residuos, etc.). Estas inquietudes con referencia a un nuevo marco de relaciones entre Administración y ciudadanos, es decir, a cómo la Administración hace cosas, donde las ideas de consenso y aceptación cobran relevancia, han sido englobadas bajo el letrero de legitimación-equidad por MESCHERIAKOFF⁵².

De otro lado, el modelo de legitimación basado en la realización de prestaciones materiales por la Administración también parece entrar en crisis en nuestros días. Las deficiencias del mercado justificaron y justifican la intervención administrativa en el Estado Social. Pero crecientemente se detecta un rechazo de la intervención administrativa en el mercado, ante las presuntas deficiencias públicas que desvirtúan éste, siendo una expresión de esta postura, por ejemplo, los fenómenos privatizadores.

En un contexto de crisis del Estado del Bienestar, además en supuestas dificultades por problemas financieros, a la Administración ya no sólo se le exige que haga cosas, sino que, además, las haga de manera que consiga realmente sus objetivos, economizando los medios utilizados para eso, demostrando, en definitiva, que su intervención es útil y necesaria socialmente. La legitimidad administrativa, entonces, reside ya no sólo en el qué o en el cuánto, también, de nuevo en el cómo se hacen las cosas. Surgen, así, las exigencias de eficacia, eficiencia y economía en la actuación administrativa, conectadas a una legitimidad por rendimientos y a una gestión orientada a resultados, elementos básicos de la nueva gestión denominada pública, impulsada durante los años 80 del pasado siglo XX.

Como pone de relieve PRATS, resulta que a la legitimidad legal de las Administraciones públicas se ha añadido no sólo la exigencia de los valores de la equidad social y de la participación, no planteados por la transición al Estado social y democrático de Derecho, sino que, en los últimos años, la legitimidad de las Administraciones Públicas exige, además, la eficacia y la eficiencia en el uso de los recursos públicos. De ahí que una reacción de menosprecio y marginación, equivocada o no, del Derecho administrativo se halla basado en su aparente desconexión de lo que BELTRAN denomina el principio de *realidad*⁵³ y en su capacidad de dirigir los procesos sociales, aspecto destacado por SCHMIDT-ASSMAN, como ya dijimos.

52 MESCHERIAKOFF. S., "Legalidad, eficiencia y equidad: las variables de la legitimidad administrativa. La experiencia francesa", Revista Internacional de Ciencias Administrativas, vol. 57, núm. 2, 1990, pp. 128 y ss.

53 BELTRÁN, M., "El "policy analysis" como instrumento de valoración de la acción pública", REPC, 56, abril-junio 1987, pp. 70, 74 y 75.

En conexión con lo que se ha expuesto, y con las ideas de buena administración y buena gobernanza, una nueva idea surge en los últimos años, si bien con contornos todavía un poco difusos, que podría, incluso considerarse incluida en las ya mencionadas legitimación por rendimientos o legitimación-equidad: la exigencia de *calidad* en la actividad administrativa, que estaría expresando, en definitiva, la necesidad de un nuevo consenso social y político en torno a las Administraciones Públicas, detectado ya por nuestra doctrina⁵⁴.

Por otro lado, desde mediados de los años 90 del pasado siglo, como señala el propio PRATS, el paradigma de la legitimación administrativa vuelve a cambiar, surgiendo especialmente en Europa un consenso sobre el hecho de que la legitimidad de la actuación pública se fundamenta en la calidad de la interacción entre los diferentes niveles de gobierno y entre éstos y las organizaciones empresariales y la sociedad civil.

BUENA GOBERNANZA, BUEN GOBIERNO, BUENA ADMINISTRACIÓN

Como ha sido puesto de relieve, en contextos de creciente complejidad y fragmentación, el foco se mueve, de un paradigma todavía en construcción, hacia una nueva forma de gobernar más cooperativa, en la que las instituciones públicas y las no públicas, actores públicos y privados, participan y cooperan en la formulación y la aplicación de la política y las políticas públicas, en una actuación en red⁵⁵.

Eso comporta una transición desde las decisiones públicas unilaterales a fórmulas basadas en la persuasión y la negociación y desde la dirección jerárquica en el seno de las organizaciones públicas a fórmulas basadas en la coordinación y la cooperación, mediante las que los responsables públicos tratan de movilizar recursos y esfuerzos dispersos entre actores públicos y privados. En este campo se instala el concepto de gobernanza, no siempre bien recibido en el ámbito jurídico, al ser considerado redundante, oscuro y poco útil⁵⁶.

En la práctica, por ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alude al principio de buena gobernanza (*good governance*) derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y lo aplica a la actividad administrativa. El TEDH mantiene una consistente jurisprudencia aludiendo al principio de buena gobernanza como instrumento jurídico para orientar y limitar la discrecionalidad de las autoridades de los países miembros del Convenio de 1950. Así, de las decisiones Cazja contra Polonia, de 2 de octubre de 2012, Rysovskyy contra Ucrania, de 20 de octubre de 2011, u Önyer yildiz contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004, se deduce que aunque el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas (como por ejemplo, las urbanísticas) y en las medidas que resulten, ello no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse sólo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar conforme al principio de buena gobernanza, que impone una actividad pública:

- Ágil y rápida y en su debido momento (“promptly”, “speedily”, “in good time”), desarrollada de una manera apropiada y “sobre todo” consistente, especialmente cuando afecta a “derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho de propiedad”.

- Llevada a cabo con sumo (“utmost”) cuidado, “en particular cuando se trata de materias de vital importancia para los individuos, como beneficios sociales y otros derechos parecidos”.

- Mediante el desarrollo de procedimientos internos que permitan la transparencia y la claridad de sus operaciones, minimicen el riesgo de errores y promuevan la seguridad jurídica en las transacciones entre particulares afectando intereses relativos a la propiedad.

- Correctora de errores cometidos, con el pago, en su caso, de una adecuada compensación u otro tipo de reparación apropiada para el ciudadano afectado por los mismos.

En cuanto a la *buen administración*, PRATS, por ejemplo, ha sido sensible a las posibilidades de renovación y mejora administrativa que el derecho a una buena administración ofrece⁵⁷, aunque se ha cuidado de recordar que difícilmente será posible el logro de una buena administración sin ciudadanos y ciudadanas virtuosos, en el marco del republicanismo que este autor propugna⁵⁸.

54 Vid. por todos, MARTÍN MATEO, R., “El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total”, RAP, núm. 134, 1994, pp. 7 y ss., PALOMAR OJEDA, A., “Algunos instrumentos para la redefinición del Derecho Público del futuro”, RVAP, num. 45-II, 1996, pp. 17 y ss., y los diversos estudios en los números 11-12, de Enero/Agosto 1998, de la revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas

55 PRATS, J., De la burocracia..., op. Cit., pp. 130 y ss.

56 Véase, por ejemplo, PARADA VÁZQUEZ, R. (2009): “Gobernanza: trampa o adivinanza”, en MARTIN-REBOLLO, L (Dir.), Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Lorenzo Martín-Retortillo, vol. I, El Justicia de Aragón,

57 PRATS, J., “La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración”, Cuadernos de Derecho Público, núm. 31, 2007, pp. 13 y ss.

58 PRATS, J., “¿Buen gobierno y buena administración sin ciudadanas y ciudadanos virtuosos?”, en Por una izquierda..., op.cit., pp. 220 y ss: “El republicanismo constituye así a la vez la reivindicación de una política democrática superior y de un civismo exigente. No hay buenas repúblicas sin buenos ciudadanos. Una de las cualidades sociales que hoy echamos más en falta es el civismo. Sin comportamientos cívicos no hay

En el ámbito europeo, el **Consejo de Europa** ha sido activo en el ámbito del deber de buena administración. Así, la Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena administración incluye varias sugerencias a los Estados Miembros para promover la buena administración. Entre ellas, hay una sobre la adopción de los estándares establecidos en un código modelo que se acompaña como apéndice a la propia Recomendación⁵⁹.

Por lo que se refiere a la **Unión Europea**, debe resaltarse la conocida consagración en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 41). El Tratado de Lisboa pasa a reconocer a la Carta, y por tanto, a su art. 41, plena virtualidad jurídica⁶⁰. En cualquier caso, como es sabido, el derecho a una buena administración sólo es de aplicación en las relaciones jurídicas con las instituciones comunitarias, no respecto de las autoridades nacionales, aunque no falten opiniones que entiendan argumentable la necesidad de extender aquél a éstas, al menos cuando aplican Derecho Comunitario⁶¹. Además, el Parlamento Europeo ha aprobado el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, por resolución de 2001, posible embrión de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo. En septiembre de 2009, el Síndic de greuges ha publicado un *Código de Buenas Prácticas Administrativas*, inspirado, como señala él mismo, en este Código de Buena Conducta Administrativa.⁶²

Se debe notar, por otra parte, que un deber jurídico parecido se encuentra recogido en **ordenamientos jurídicos de nuestro entorno**. Un informe oficial encargado por el Gobierno sueco a la Agencia sueca para la Gestión Pública, establece una interesante comparación de los principios de buena administración existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión Europea⁶³.

El derecho a una buena administración se encuentra ya incorporado en diversa **normativa española**. La Constitución de 1978 (como hemos tenido ocasión de señalar en otro momento con más extensión y detalle⁶⁴), prevé, implícitamente un auténtico deber jurídico de medios: lo que hemos denominado, siguiendo la línea clásica de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, *deber de buena administración*. Deber que se encuentra explicitado en las artes. 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad), 31.2 (principios de economía y eficiencia) y 103.1 (principios de objetividad, coordinación y eficacia) y que afecta a todo desarrollo de la función administrativa.

Los nuevos **Estatutos de Autonomía** han recogido también el derecho a una buena administración⁶⁵. En el **nivel legal**, la legislación de contratos, contiene una referencia clásica a la orientación de la capacidad de contratación de las Administraciones públicas por los principios de buena administración (actual art. 25.1 LCSP) y la ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, dedica a éste su Título II, si bien no menciona en él a la buena administración .En el ámbito de la potestad reglamentaria, cabe citar también el artículo 58.1 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre del Gobierno de Navarra y de su Presidente. Asimismo, también en la en el Preámbulo de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se hace una alusión a la buena administración.

Una reciente incorporación *in extenso* del derecho a una buena administración lo encontramos en diversas **leyes autonómicas**. Así, la ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las adminis-

buena administración que resista. Y pueden darse contradicciones serias entre los intereses del libre mercado y las exigencias del civismo. Éste en todo caso no puede construirse al margen o en oposición a la política sino en relación íntima con ella. Nuestros deberes cívicos no tienen otro fundamento que nuestra obligada contribución al mantenimiento y progreso e la polis o cívitas. En realidad sólo con buenos ciudadanos conseguimos la ayuda y la presión social necesarias para una buena administración. La construcción de una ética cívica de inspiración republicana y de una ética política y funcional que beba en las mismas fuentes constituye una tarea intelectual y política sin duda estimulante".

59 Efectivamente, el apéndice de la misma contiene un Código de Buena Administración con 23 artículos, divididos en tres partes: principios de buena administración, aspectos procedimentales y recursos. Puede consultarse la Recomendación con dicho Código en español en: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/steering_committees/cdcj/Documents/2007/CM%20Recommendation%20SPANISH%20on%20good%20administration.pdf (Última consulta: 21 de octubre de 2008).

60 Véase el art. 6.1 del TUE de acuerdo con el Tratado de Lisboa, confiriendo a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados.

61 NIETO-GARRIDO, E., MARTÍN DELAGADO, I., European Administrative Law in The Constitutional Treaty, Hart, 2007, pp. 86 y ss.

62 Véase :<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2527/codigo%20buenas%20practicas%20administrativas.pdf> . Por otro lado, también las propias administraciones españolas, siguiendo la estela del Código europeo, han elaborado códigos de buenas prácticas, como es el caso de Navarra (Orden Foral 46/2004, de 15 de julio, del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, por la que se aprueba el Código Orientativo de Buenas Prácticas Administrativas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos públicos, en sus relaciones con los ciudadanos) o del Ayuntamiento de Madrid (Acuerdo de 4 de diciembre de 2008 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se aprueba el Código de Buenas Prácticas Administrativas del Ayuntamiento de Madrid)

63 Consultable en <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>

64 PONCE SOLÉ, J., Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido, Lex Nova, Valladolid, 2001.

65 Téngase en cuenta el art. 30 del Estatuto de Autonomía catalán, aprobado por la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, el art. 31 del nuevo Estatuto de Autonomía andaluz, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, el artículo 14 del nuevo Estatuto de Autonomía balear, aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, del artículo 12 del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre o del art. 9 de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, al Estatuto de Autonomía valenciano.

traciones públicas de Cataluña, cuyo artículo 22 recoge explícitamente un derecho a una buena administración⁶⁶. En Andalucía, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, también se refiere a los principios de buena administración⁶⁷. En el caso de Castilla y León, el derecho a una buena administración reconocido en su Estatuto es desarrollado por una entera ley, la ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración y de Gestión Pública, que tiene, según su art. 1 “por objeto fundamental regular y desarrollar el derecho a una buena Administración reconocido en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en el marco del propio Estatuto de Autonomía y de la legislación básica del Estado”. Y la Ley Balear 4/2011, de 31 de marzo, lleva el expresivo título “de la buena administración y del buen gobierno”.

Una consecuencia directa del concepto jurídico de buena administración es que ya no sea posible sostener que «el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador» (STS de 3 de mayo de 2010, citando otras anteriores).

En nuestra opinión, ni las alternativas son indiferentes jurídicamente ni el único límite es la arbitrariedad. El derecho a una buena administración, al imponer obligaciones jurídicas en el núcleo del ejercicio de la discrecionalidad actúa como límite más allá de la mera arbitrariedad, siendo, además, guía para los gestores públicos en la toma de decisiones. Y, por tanto, se trata de un útil instrumento en el control administrativo en garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, tanto individuales como colectivos

En las acertadas palabras de la STS de 7 de octubre de 1999 (Ar. 8840), “resultará que se incurre en el ámbito de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9.3 de la Constitución, y se priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de controlar si la actividad de la Administración sirve con objetividad los intereses generales, conforme al art. 103.1 de la Norma Fundamental, y viene inspirada por las exigencias de los principios de buena administración (art. 3 de la Ley de Contratos y 111 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril que es lo que justamente impone a los Tribunales el art. 106.1 de la Constitución”. De ahí que “Dicha motivación es exigible, por tales razones, (...) cuando la Administración ejerce facultades discretionales que requieren la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, o entre una pluralidad de alternativas justas o «razonables» desde el punto de vista del Derecho, o de decidir entre diversas alternativas «jurídicamente indiferenciadas», como textualmente expresa la Sentencia recurrida -aunque cabría preguntarse si en un Estado de derecho puede admitirse la existencia «a priori» de algo «indiferente jurídicamente»».

66 “Artículo 22. Derecho a una buena administración.

1. El derecho de los ciudadanos a una buena administración incluye:

El derecho a que la actuación administrativa sea proporcional a la finalidad perseguida.

El derecho a participar en la toma de decisiones y, especialmente, el derecho de audiencia y el derecho a presentar alegaciones en cualquier fase del procedimiento administrativo, de acuerdo con lo establecido por la normativa de aplicación.

El derecho a que las decisiones de las administraciones públicas estén motivadas, en los supuestos establecidos legalmente, con una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas de aplicación y con la indicación del régimen de recursos que proceda.

El derecho a obtener una resolución expresa y a que se les notifique dentro del plazo legalmente establecido.

El derecho a no aportar los datos o los documentos que ya se encuentren en poder de las administraciones públicas o de los cuales estas puedan disponer.

El derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que son personas interesadas.

2. Las administraciones públicas de Cataluña deben fomentar la participación ciudadana en las actuaciones administrativas de su competencia, a fin de recoger las propuestas, sugerencias e iniciativas de la ciudadanía, mediante un proceso previo de información y debate.”

67 Ésta señala en su art. 5 lo siguiente:

“Principio de buena administración.

1. En su relación con la ciudadanía, la Administración de la Junta de Andalucía actúa de acuerdo con el principio de buena administración, que comprende el derecho de la ciudadanía a:

Que los actos de la Administración sean proporcionados a sus fines.

Que se traten sus asuntos de manera equitativa, imparcial y objetiva.

Participar en las decisiones que le afecten, de acuerdo con el procedimiento establecido.

Que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable, siguiendo el principio de proximidad a la ciudadanía.

Participar en los asuntos públicos.

Acceder a la documentación e información de la Administración de la Junta de Andalucía en los términos establecidos en esta Ley y en la normativa que le sea de aplicación.

Obtener información veraz.

Acceder a los archivos y registros de la Administración de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.”

Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Öneryildiz contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004, aunque “el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas” (como por ejemplo, las urbanísticas) y “en las medidas que resulten”, ello “no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse sólo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar” conforme a principios de buen comportamiento público.

El derecho a la buena administración supone, pues, un auténtico cambio de paradigma en el entendimiento, análisis y control de la actividad pública⁶⁸, pues respecto a ésta debe entenderse, ante todo, que incluso la producción de actos jurídicos formalizados (autorizaciones, reglamentos, etc.), como resultado del ejercicio de potestades administrativas, supone un servicio para la colectividad, como lo es la gestión de hospitales o de escuelas, servicio que puede y debe ser evaluado tomando como parámetros, entre otros, los criterios de eficacia, eficiencia y economía, que pueden articularse a través del procedimiento de elaboración de esas decisiones⁶⁹. Esta reflexión nos conduce a la relevancia del Derecho en garantía de la buena administración, aunque ésta no sólo dependa de él (pero también de él).

Y, en consecuencia, la legitimidad de la Administración ya no sólo descansa en la ejecución de la ley (lo que es insuficiente cuando existe discrecionalidad), ni siquiera en la eficacia, eficiencia y economía de sus actuaciones (como propugna el New Public Management) sino que encuentra una fuente adicional en el modo de adoptar las decisiones, en un contexto de la buena gobernanza y de las relaciones entre actores públicos y privados.

Respecto a las conexiones entre los principios de buena gobernanza y los principios de buena administración, como a continuación argumentaremos, creemos que los principios de participación y transparencia (como al principio de buena gobernanza, de acuerdo con el Libro blanco de la Gobernanza Europea de 2001) y el principio de objetividad se encuentran fuertemente vinculados.

Desde una perspectiva amplia, la buena gobernanza, a la que, como hemos visto se refiere el TEDH, se extiende a las redes de interacción entre el sector público, el privado (donde la buena gobernanza corporativa va ganando paulatina y paralelamente peso) y el tercer sector, concretándose, en relación con el primero, en el deber de buen gobierno de los tres poderes constitucionales (legislativo, ejecutivo y judicial) y volviéndose a concretar, de nuevo, respecto a la Administración como integrante del poder ejecutivo, como derecho y principio de buena administración.

En consecuencia, los principios de buena gobernanza no son iguales a los principios de buena administración, siendo los segundos sólo aplicables a las Administraciones, no a otros actores en la red, cómo pone de relieve acertadamente CERRILLO⁷⁰. En este sentido, los principios de buena administración son una condición necesaria, pero no suficiente para la buena gobernanza.

Pero hay que destacar que algunos principios de buena administración afectan a las relaciones de las instituciones públicas con otros actores de las redes de gobernanza, siendo el principio de objetividad, en nuestra opinión, a un buen ejemplo en esta línea.

El principio de objetividad, como parte del deber de buena administración implícito en la Constitución española, se encuentra íntimamente vinculado a los principios jurídicos procedimentales de contradicción y oficialidad, previstos en la LRJPAC. Este principio expresa, básicamente, la necesidad de ponderación de los intereses y de los hechos relevantes antes de adoptar decisiones públicas, con especial importancia si se trata de decisiones discrecionales, lo que comporta la necesidad de fomentar la participación y de potenciar la transparencia (principios ahora previstos al arte. 3 LRJPAC).

El principio de objetividad, integrante del deber de buena administración, conecta, pues, con la idea de la democracia participativa. Esta idea se encuentra recogida a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6, STC 102/1995, de 26 de junio). Desde el derecho a una buena administración, hecho realidad mediante los correspondientes procedimientos administrativos debidos, uno de los retos del Derecho administrativo en la era de la gobernanza es ayudar a delimitar el alcance de la participación ciudadana que tiene

⁶⁸ Utilizamos la expresión paradigma en el sentido empleado en el ámbito de las ciencias naturales por KUHN, T.S., *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago, 3^a ed., 1996 (existe traducción al español: *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981), extendiéndolo en este caso a las ciencias sociales y, concretamente, al Derecho (público).

⁶⁹ Llama la atención sobre este punto CERULLI IRELLI, V., “La simplificación de la acción administrativa”, D.A., núm. 248-249, 1997, pp. 339 y 340, señalando el cambio cultural “de verdadera y propia revolución” que esto comporta, respecto a los administradores, los jueces y los ciudadanos.

⁷⁰ CERRILLO, A., “La Gobernanza hoy: introducción”, en CERRILLO, A. (Coord. y Traducción), *La Gobernanza Hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid, 2005, pág. 20.

que hacer posible el deber de objetividad. Es decir: si tiene que existir, cuando, quien puede participar y qué efectos tiene que tener la participación.

En este sentido, el Derecho tiene que ayudar a desvanecer las preocupaciones sobre las posibles contradicciones entre democracia y participación en la toma de decisiones administrativas, puestas en relieve por diversos autores⁷¹. Preocupaciones que han llevado a afirmaciones en el sentido, ciertamente paradójico, de que el componente democrático de la Administración (derivado de su ejecución de la ley y de su dirección por el Gobierno) exigiría, de hecho, una Administración autocrática, a fin de que la participación no altere la legitimación democrática de la Administración obtenida por los canales mencionados⁷².

Esta visión, sin embargo, no es ya sostenible fuera del paradigma burocrático-weberiano aludido. Ante la frecuente apertura normativa de espacios discrecionales a las Administraciones, hace falta que la legitimación democrática del decisor sea fortalecida en el ámbito administrativo. En este sentido hay que interpretar la jurisprudencia del TS que señala que «la intervención de los ciudadanos contribuye a dotar de legitimidad democrática a los planes» en el ámbito urbanístico, aunque, como muy bien ha matizado el TC, «es cierto que a través del trámite de información pública se dota de cierta legitimidad popular al Plan aprobado - aunque tampoco puede olvidarse que en el presente caso la legitimidad democrática le viene dado por haber sido aprobado por un Ayuntamiento elegido democráticamente» (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6). El caso local no es, quizás, el mejor ejemplo, efectivamente, debido al elemento democrático directo inherente. Pero el razonamiento puede ser extensible a la toma de decisiones discretionarias por parte de autoridades administrativas estatales y autonómicas.

En este sentido, es básica la garantía por parte de la Administración que todos los intereses relevantes están presentes y que nadie es omitido. En definitiva, como ha destacado SHAPIRO, la igualdad en la participación se convierte en una de las igualdades positivas más importantes en la vida moderna, ante la dificultad de saber en cada caso cuáles son los intereses generales a servir⁷³.

Esta tarea administraba de garantía de la igualdad participativa es primordial en garantía de la objetividad y por lo tanto de la buena administración, así como de la buena gobernanza. Se trata de una tarea proactiva, que se tiene que entender como una prestación pública importante, vinculada al mandato del art. 9.2 CE.

Esta actividad pública se podría impulsar de diversas maneras, algunas de ellas conectadas al despliegue de acciones positivas (posibles y necesarias de acuerdo con el arte. 9.2 CE y la jurisprudencia del TC, y ahora definidas por el arte. 30 de la ley 62/2003, de 30 de diciembre, ley de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado, en relación a un aspecto específico⁷⁴).

A estas formas de garantía pública del principio de buena administración de objetividad y de los principios de buena gobernanza de participación y transparencia he hecho alusión en otro momento (creación de fondos de compensación públicos para hacer frente a gastos derivados de la participación en el caso de ciertos intereses, potenciación de la figura del instructor procedural, acompañada de un impulso y revitalización de los trámites participativos, reforzamiento de mecanismos de mediación y negociación...)⁷⁵.

71 Así, PRATS CATALÀ, J., “Modos de gobernançón...”, op.cit., pp. 169 i ss., habla de la “relación potencialmente conflictiva entre democracia y gobernanza”, señalando que la gobernanza “no es, pues, sólo ni lobby ni participación” y llamando la atención sobre el hecho de que “si las estructuras de interacción decisional características de la gobernanza permiten la exclusión o el ninguneo de grupos de interés significativos, el riesgo de deslegitimación o desafección democrática es muy elevado”. En la misma línea, CERRILLO, A., “La gobernanza hoy...”, op.cit., pàg. 18 (“...el reto estaría en saber cómo pueden ser aseguradas la libertad y la igualdad que se derivan del principio democrático”), SHAPIRO, M., “El Derecho administrativo sin límites: reflexiones sobre el gobierno y la gobernanza”, a CERRILLO, A., (Coord. i traducció), *La gobernanza hoy...*, op.cit., pág. 206, “El desgaste de la frontera entre la toma de decisiones gubernamentales y no gubernamentales genera nuevos problemas para los que persiguen crear un Derecho administrativo que se centre en la gobernanza más que en el gobierno. Desde la perspectiva de la democracia pluralista, un Derecho administrativo que pluralice la transparencia y la democracia es democrático – maximiza el acceso de los grupos de interés “exteriores” al proceso de toma de decisiones públicas - . Pero des desde el punto de vista de la democracia individual, popular o mayoritaria, un Derecho administrativo que promueva la transparencia y la participación, hasta el punto de que el gobierno se convierte en gobernanza, puede incluso socavar la democracia”.

72 Se puede encontrar un análisis de esta doctrina en CANTERO MARTÍNEZ, J., “La cláusula de Estado democrático y la Administración General del Estado”, consultable en: <http://www.inap.map.es/ES/Investigacion/EstInv/ComSitAGE/AvanceTrabCom/Aportaciones+y+trabajos+de+la+Comisión.htm>, como parte de los documentos de trabajo de la Comisión de Estudio sobre situación actual y perspectivas de la Administración General del Estado, presidida por Joan PRATS CATALÀ y creada por ORDEN APU/1529/2006, de 11 de mayo, por la que se constituye la Comisión de Estudio sobre la situación actual y perspectivas de la Administración General del Estado..

73 SHAPIRO, M., “Equality and Diversity”, *European Review of Public Law*, vol. 11, núm. 2, estiu 1999, pàg. 400.

74 Artículo 30. Medidas de acción positiva en relación con el origen racial o étnico.

Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten por razón de su origen racial o étnico.”

75 PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y...*, op.cit , pp. 334 y ss y 656 i ss.

En todo caso, el papel administrativo es singular en las redes de gobernanza, tanto con respecto a su responsabilidad al promover la igualdad inclusiva de los intereses como por el hecho de que en ella recae la competencia para resolver de forma irrenunciable (art. 12 LRJPC, art. 69 LBRL).

La Administración no es un actor más en las redes de gobernanza. Correspondrá al Derecho administrativo reconocer esta singularidad, sin necesidad, sin embargo, de recurrir a modelos autocráticos ya perclitados y contrarios en el marco constitucional vigente. Éste será, sin duda, un apasionante reto para la ciencia jurídica, si quiere contribuir a hacer efectivo tanto el derecho a una buena administración como los principios de buena gobernanza.

TÉCNICAS JURÍDICAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL BUEN GOBIERNO Y LA GESTIÓN PÚBLICA DE CALIDAD. EN ESPECIAL, EL CONTROL JUDICIAL: ¿EXISTE EL RIESGO DE TENER UN DERECHO ADMINISTRATIVO MELLADO?

Diversas técnicas jurídicas concretas deben contribuir a hacer realidad la buena administración y el buen gobierno y la calidad de la actividad pública, y por lo tanto, realizar aportaciones a la buena gobernanza, el buen gobierno y la buena administración. Técnicas jurídicas que pueden ser aplicadas, con las debidas modulaciones en cada caso, a todos los tipos de actividad administrativa⁷⁶ y, en otro plano, también a la actividad de gobierno, lo que sólo muy inicialmente ha hecho la ley estatal 19/2013⁷⁷. En este sentido, la noción de política pública, y su evaluación, es útil para el Derecho administrativo y la garantía de la buena administración, pues permite salir de la visión excesivamente formalizada y micro (un acto, un reglamento, un plan, un contrato) a una visión menos formalista y macro (incluyendo procesos, como el ejercicio de una potestad, y resultados, formalizados o no, con lo que la denominada *actividad material* o *técnica* adquiere relieve, así como omisiones, tomadas en conjunto). Ello permite descubrir patrones de conducta administrativa, asociados a prácticas administrativas que pueden generar consecuencias jurídicas como son, entre otras, la violación del principio de confianza legítima⁷⁸. Asimismo, la evaluación de políticas públicas se da de la mano con instituciones típicas del Derecho administrativo, puesto que, por ejemplo, la evaluación del impacto normativo se articula en el seno de la toma de decisión pública, esto es, del procedimiento administrativo, que adquiere así otra luz y perspectiva⁷⁹.

En cuanto al control jurídico de la buena gestión pública, si bien el control judicial no es el único instrumento disponible⁸⁰, lo cierto es que éste pese a sus limitaciones en el núcleo último extrajurídico de la discrecionalidad, ya expuestas, debería representar un importante papel en el control de los supuestos de mala administración. Como señaló el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en su famosa conferencia en Barcelona en 1962, ya aludida⁸¹, respecto al papel del Derecho:

“(...) Esta tarea es la de reconducir los grandes temas, los temas que estremecen el corazón del hombre, como es éste, sin duda, del Poder, a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionalismo verdadero. Así, todo el succulento tema del Estado de Derecho se convierta para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales. No es exacto que una buena Administración pueda sustituir una ausencia de Política, o que todo el problema del Estado de Derecho pueda ser reconducido a un problema de justicia administrativa, como alguna vez se ha pretendido, pero sí lo es, sin embargo, que sin una total y plenaria resolución de este gran tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada”

⁷⁶ En otros momentos nos hemos referido al papel que pueden desempeñar la calidad normativa, el diseño organizativo, la selección y formación de los empleados públicos, los códigos éticos, los códigos de buen gobierno y buenas prácticas administrativas, las cartas de servicio, la participación ciudadana, la función consultiva, el papel del instructor en los procedimientos administrativos, la relevancia de éstos o la importancia del expediente administrativo y de la motivación. Vid. PONCE SOLÉ, J., “Voz Buena Administración”, Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales, AECID-Universidad de Alcalá de Henares, consultable en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/40

⁷⁷ Poco antes de su aprobación definitiva y su publicación alertábamos sobre la no inclusión en la misma de una serie de técnicas jurídicas concretas disponibles para hacer realidad el buen gobierno (y la buena administración, por cierto no incluida en la ley.). Véase PONCE SOLÉ, J., “Transparencia, innovación, buen gobierno y buena administración” consultable en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapcrdp/2013/11/25/transparencia-innovacion-buen-gobierno-y-buena-administracion/>

⁷⁸ Sobre el concepto de política pública y su relación con el Derecho, por todos, MANY, I. y THOENIG, J.C., *Las políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 1992, especialmente, pp. 90 y ss. Sobre el concepto de prácticas administrativas, el precedente y la violación de la confianza legítima, DÍAZ SASTRE, S., *El precedente administrativo*, Marcial Pons, 2008.

⁷⁹ Sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, PONCE SOLÉ, J., “Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, 180, 2009.

⁸⁰ No pudiendo olvidar el papel del control jurídico desempeñado por las propias administraciones activas, por órganos consultivos o por Ombudsman, por ejemplo. Vid. PONCE SOLÉ, J., “Voz..., “op.cit.

⁸¹ de GARCIA DE ENTERRIA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo...”, op.cit.

En este sentido, no puede olvidarse la jurisprudencia del **TEDH** que ha construido en torno al art. 6 del Convenio la noción de buena administración, aplicándola para resolver conflictos tanto en el ámbito administrativo como judicial⁸², así como la jurisprudencia, ya citada, relativa a la buena gobernanza.

En cuanto a la jurisprudencia del **Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal de Primera Instancia**, diversas sentencias se han referido a la buena administración de forma implícita y explícita.⁸³ En la misma línea, el **Tribunal Supremo español** ya se ha referido en numerosas ocasiones al derecho a una buena administración⁸⁴. De igual modo, también los **Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas** parecen estar endureciendo el control de la calidad reglamentaria.⁸⁵

Si bien es evidente que el Derecho administrativo no puede reducirse al mero control judicial del orden contencioso-administrativo, no es menos cierto que *lo que diferencia al Derecho de otras ciencias sociales es que siempre puede haber una última palabra judicial* que dirimirá las dudas. En el modo tradicional de orientar el comportamiento de las Administraciones públicas y los ciudadanos, de *command and control*, existen diversas técnicas bien conocidas de intervención administrativa, frente a las que siempre existirá una última evaluación de la política pública desarrollada (formalizada o no en norma jurídica, plan, contrato o acto) con parámetros de juridicidad.

Es cierto que esta evaluación de las políticas públicas no se agota con el control judicial, pero no lo es menos que éste es el único que tiene la potestad de decidir, en última y final instancia, si tal evaluación *ex post* es superada o no, con consecuencias prácticas evidentes: la eliminación de la política pública emprendida.

Ahora bien, si el control judicial no es el Derecho administrativo pero caracteriza a éste, cualquier funcionamiento defectuoso del primero por fuerza tiene que afectar al segundo. Ello es lo que ocurre cuando existe colap-

82 En el ámbito administrativo, recuérdese, por ejemplo, la STEDH de 20 de septiembre de 2005, Caso Erstas Aydin y otros contra Turquía, Fundamento 52. En el ámbito judicial (con alusión a una buena administración de justicia), por todas, STEDH de 24 de mayo de 2005, caso Intiba contra Turquía, Fundamento 54.

83 Véase NEHL, H.P. *Principles of Administrative Procedures in EC Law*, 1999, Oxford, Hart publishing ; Jürgen SCHWARZE, "Judicial Review of European Administrative Procedure", *Public Law*, 49, 2004, pp. 146 y ss.. Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, son destacables diversas decisiones, sobre todo desde los años setenta, entre ellas, por ejemplo, el caso C-260/90 Technische University München v. Hauptzollamt München-Mitte (1991) ECR I-546, anterior a la Carta de Derechos Fundamentales, en el que la existencia de un deber de buena administración (*due care*) es conectado con el derecho a ser oído y con el deber de motivación. Como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission), ya tras la aprobación de la Carta, el derecho a una buena administración es "uno de los principios generales que son observados en un Estado de Derecho (*governed by the rule of Law*) y son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros", con referencia al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Primera Instancia ha sido particularmente activo en la imposición de una serie de principios de guía del comportamiento de la administración europea: el derecho de acceso a la información, el derecho de audiencia, el principio de cuidado (o debido cuidado o debida diligencia, *due care* o *due diligence*) y la obligación de motivación.

84 PONCE SOLÉ, J., "Procedimiento administrativo, globalización y buena administración", *Revista de Derecho administrativo*, suplemento de jurisprudencia 2008-4, pp. 2 y ss.

Las referencias a la buena administración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se pueden encontrar en numerosas sentencias. En términos generales, puede afirmarse que es a partir del inicio de siglo cuando el Tribunal Supremo comienza a hacer un uso sistemático del concepto de buena administración, como hemos tenido ocasión de analizar en otro momento, en referencia a diversos ámbitos de la actividad administrativa, como la contratación, el medio ambiente, el dominio público, el urbanismo, la actividad administrativa de fomento o el ejercicio de la potestad autorizadora, procediendo a anular decisiones administrativas por vulneración de este derecho. Asimismo, aunque sin emplear todavía específicamente la terminología del derecho a una buena administración, parece incrementarse paulatinamente el control judicial de la calidad reglamentaria, anulando reglamentos por insuficiencia o inadecuación de la fundamentación y justificación aportadas y de la motivación del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria ofrecida (sentencias de 2 de junio de 1997, Ar. 4921, de 10 de julio de 1999, Ar. 5771, de 13 de noviembre de 2001, Ar. 65 o más recientemente, de 23 de mayo de 2006, Ar. 3683 y de 27 de noviembre de 2006, en este último caso, dos sentencias referidas al traslado a Barcelona de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), distinguiendo entre un cumplimiento de trámites meramente formal y una auténtica fundamentación y justificación.

85 Un ejemplo en tal sentido lo proporciona el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en diversas sentencias (de 14, 20 y 27 de enero de 2005, RJCA 2005|66 , JUR 2005|54864 y y RJCA 2005| 51 respectivamente, con antecedentes en sentencias de 21 de diciembre de 1993 (RJCA 1993|39) o de 11 de julio de 2001 (RJCA 2001|321462). En la de 8 de abril de 2008 ha incrementado el estándar de control judicial de la Evaluación de Impacto Normativo, controlando el procedimiento y la fundamentación y motivación de la norma de forma más estricta de lo habitual.

Por ejemplo, en la sentencia citada de 20 de enero de 2005, en la que los demandantes, diversas empresas eléctricas, aducían que un reglamento administrativo les causaba cuantiosos costes (estimados por su parte, como se nos dice en la sentencia en 52.000 millones de las antiguas pesetas), el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anula el reglamento, por ilegal, dado que no existía un auténtico estudio coste-beneficio (exigido por la legislación catalana desde hace 20 años, pero raramente realizado adecuadamente, por cierto), apoyándose en el dictamen emitido por el órgano consultivo catalán durante el procedimiento (la Comisión Jurídica Asesora). El Tribunal señala que la ley catalana cuando establece un procedimiento reglamentario determinado, esto es una EIN si preferimos esta terminología, pretende:

"constatar la necesidad de la norma, las diferentes alternativas para la consecución del fin pretendido, los efectos económicos y sociales y la ponderación del coste de la aplicación de la norma con el beneficio que se pretende obtener; en definitiva su viabilidad. En los supuestos en que la determinación por la Administración de los efectos económicos y sociales presenta dificultades se puede hacer necesaria la intervención de los sectores afectados por la normativa, pero en todo caso la comprobación compete a la Administración, sin que pueda eludirla con la excusa de la falta de acreditación de los costes de ejecución alegados en trámite de audiencia".

En otras palabras, la inexistencia de una EIN, concretamente de la herramienta prescrita legalmente del análisis coste-beneficio, correctamente realizada, ha dado lugar a una norma cuya calidad no está acreditada, lo que corresponde efectuar a quien la aprueba. Por ello, la norma es ilegal.

so judicial y retrasos en la resolución de los recursos (dilatando por años la decisión final⁸⁶), dificultades de acceso por motivos económicos al control último judicial (lo que se evidencia, por ejemplo, con las tasas judiciales ahora impuestas por la ley 10/2012, de las que se sospecha han hecho descender casi un 23% los recursos contenciosos en el primer trimestre de 2013⁸⁷) y un régimen de imposición de costas disuasorio del control judicial⁸⁸. Problemas todos ellos bien conocidos doctrinalmente.

En este sentido, las evoluciones de los últimos tiempos en relación con todos estos temas deberían hacernos cuestionar, cabe decir que de nuevo, si la peculiaridad del Derecho frente a otras ciencias sociales, su capacidad de imponer lo que debe ser de conformidad con el ordenamiento, no se ve puesta seriamente en peligro, por lo que nos podemos acabar enfrentando, si no lo estamos ya, a un Derecho administrativo “mellado”, con unos dientes incapaces de hacerlo respetable y de diferenciarlo, no para mejor ni para peor pero sí para hacerlo distinto, de otras perspectivas sobre el ejercicio del poder público. Por ello, y aunque ahora no podamos detenernos en ello, incluso ya en el ámbito de las distintas jurisdicciones, las trabas al derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del contencioso-administrativo tienen unos efectos específicos dadas sus “peculiaridades desde el punto de vista constitucional” (STC 20/2012)⁸⁹.

En este contexto, parece inevitable (sin perjuicio de esperar a futuros pronunciamientos del Tribunal constitucional sobre la afectación del art. 24 CE) recuperar una vez más el debate sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito administrativo⁹⁰, renovándolo con experiencias interesantes recientes, como es el caso de los organismos de resolución de recursos administrativos especiales en materia de contratación (arts. 40 y ss. de la Ley de Contratos del Sector Público, resultado de la normativa de la UE y de distintas condenas al Estado español por retraso en su cumplimiento). Órganos administrativos, no judiciales, que, como señala el profesor GIMENO FELIU, a propósito del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, pueden crear una interesante doctrina en torno a la buena administración en un sector crítico como éste, resolviendo con prontitud y eficacia los conflictos que se susciten⁹¹ y que debieran servir de fuente de inspiración para otros sectores de actuación pública.

FINAL: POR UNA CIENCIA DE LO JUSTO Y DE LO ÚTIL

CASSESE en un interesante artículo publicado recientemente reflexiona sobre los nuevos caminos para el Derecho Administrativo. De acuerdo con su punto de vista, “el derecho administrativo debe re establecer su lugar en el campo de las ciencias sociales”, con un planteamiento metodológico plural (legal, económico y político), aunque evitando el riesgo de un empirismo ciego, sin categoría jurídicas básicas⁹².

86 Véase, por ejemplo, las valoraciones realizadas a la prensa por el decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona en 2012 sobre este tema: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/23/barcelona/1337779565.html>

87 Considérese la información proporcionada por Europa Press: <http://www.europapress.es/nacional/noticia-tasas-judiciales-provocan-caida-229-recursos-contenciosos-primer-trimestre-ano-20131006121335.html>. Véase ahora el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, que ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

88 Artículo 139 de la ley 29/1998, de la jurisdicción contenciosa, en su nueva redacción desde 2011:

“1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo rzone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuerto el recurso con mala fe o temeridad.

Número 1 del artículo 139 redactado por el apartado once del artículo tercero de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 31 octubre 2011

2. En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

3. La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima.

4. Para la exacción de las costas impuestas a particulares, la Administración acreedora utilizará el procedimiento de apremio, en defecto de pago voluntario.

5. En ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal.

6. Las costas causadas en los autos serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

89 En este sentido BORRAJO INIESTA, I. “El marco constitucional de las tasas judiciales”, Revista de Jurisprudencia, núm. 1, mayo de 2013.

90 Por todos, TORNOS MAS, J., “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos, Revista de Administración Pública. 1995,136: 149-177

91 GIMENO FELIU, J.M., “Notas sobre el Recurso Especial y su finalidad y las funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: su doctrina”, DA, 288, 2010, pp. 161 y ss., consultable en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=9990&path%5B%5D=10312>

92 CASSESE, S., “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”, International Journal of Constitutional Law, 2012 10 (3), pp. 603 y ss. Consultable en: <http://icon.oxfordjournals.org/content/10/3/603.extract>

En un futuro ideal, que ya debería ser presente, el Derecho administrativo puede y debe contribuir a la ciencia de la administración, recuperando su papel olvidado, mediante las utilidades que le son aportadas por otras ciencias sociales. A su vez, éstas deberían tener en cuenta las aportaciones ofrecidas por la ciencia del Derecho Administrativo.

En esta línea, la conocida sentencia de Javier de Burgos en el siglo XIX respecto a que el estudio de la ciencia de la Administración en España se podía definir como ciencia de lo útil y lo dañoso, mientras que el Derecho era la ciencia de los justo y de la injusto, debería reformularse en el siglo XXI en el sentido de que *el Derecho es la ciencia de lo justo y útil y de lo injusto y dañoso: todo lo injusto es dañoso, pero dentro de lo justo, puede haber alternativas más útiles al logro de la justicia (mejores por más justas, esto es proporcionadas, racionales, eficientes, etc.) que otras.*

El Derecho también debería ocuparse de lo justo y útil. Si no lo hace él, no dudemos que su dejación será aprovechada por otros enfoques, desde luego menos preocupados por el valor Justicia que guía la actuación de los juristas y del Derecho.