

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Javier BARNES

SUMARIO: I. *Introducción: la emergencia de nuevas formas de regulación y gobernanza conlleva a la renovación de determinados elementos del derecho administrativo tradicional.* II. *La justicia administrativa en perspectiva histórica y comparada.* III. *El modelo clásico del derecho administrativo.* IV. *De “el” modelo de regulación a “los” modelos y vías de regulación del derecho administrativo.* V. *Pluralidad de modelos y justicia administrativa: algunas consecuencias.*

I. INTRODUCCIÓN: LA EMERGENCIA DE NUEVAS FORMAS DE REGULACIÓN Y GOBERNANZA CONLLEVA A LA RENOVACIÓN DE DETERMINADOS ELEMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL

El derecho administrativo clásico se ha construido a la sombra de un *único modelo básico* de regulación; esto es, del método tradicional conocido como *command and control* o de “orden y mando”, en una traducción más literaria que literal de la conocida expresión acuñada por la doctrina norteamericana. De acuerdo con este sistema, las leyes regulan cada sector mediante órdenes, prohibiciones y mandatos, con la pretensión de agotar todas las cuestiones y problemas posibles. La función de la administración en este esquema se reduce, en teoría, a la ejecución mecánica y reglada de lo dispuesto por la ley, predominantemente mediante técnicas de carácter unilateral y coactivo, como el acto administrativo (licencias, autorizaciones, permisos, etcétera). El método tradicional de regulación, en otras palabras, parte, primero, de la premisa de la existencia de una norma de cabecera o “central”, emanada desde un vértice superior, de carácter material, y, segundo, de la neta separación entre una fase normativa y otra de ejecución o aplicación.

La justicia administrativa cumple en este modelo una función característica: verificar que la administración ha aplicado correctamente lo que la ley haya previsto o, lo que es lo mismo, controlar que la subsunción de la realidad en el presupuesto de hecho de la norma resulta conforme a la ley. ¿Qué sucede, sin embargo, cuando las leyes no son capaces de preverlo todo y conceden a la administración una amplia discrecionalidad? ¿Y cuándo el sector se regula por medio de un método de gobernanza y dirección que se base en la cooperación público-privada o en el consenso, y no en el “orden y mando”? ¿Cómo opera en esos escenarios la justicia administrativa?

Las cosas, desde luego, han cambiado mucho en las últimas décadas, aun cuando la inercia de las viejas explicaciones no lo refleje adecuadamente. El nuevo derecho administrativo contiene una pluralidad de modelos regulatorios; esto es, de sistemas de gobierno y dirección, cada uno de ellos con una forma distinta de emanar normas y criterios y de asegurar su eficacia. Los nuevos mecanismos de regulación y gobernanza (como, por ejemplo, el método abierto de cooperación en la Unión Europea; los reglamentos pactados en Estados Unidos; los convenios medioambientales con las empresas contaminantes; la gobernanza de Internet, etcétera), por el contrario, están diseñados para dirigir un sector con mayor flexibilidad, participación, generación de consenso, coordinación de múltiples niveles o plantas de gobierno, etcétera. Entre otras consecuencias, en los nuevos modelos de gobernanza, por contraste con lo que acontece en el método de regulación tradicional, se desdibuja la rígida separación entre las distintas fases del proceso (legislación, desarrollo, aplicación, ejecución forzosa, resolución de conflictos), en beneficio de una integración más dinámica e interactiva de esas fases.

El método del *command and control* ha perdido el monopolio, y con él algunos de los elementos del derecho administrativo tradicional que nacieron para satisfacer sus necesidades. Aunque el análisis y el fundamento de esta tesis exceden del objeto de estas páginas, podría decirse que cada modelo requiere un sistema de derecho administrativo específico.

Todo ello no deja de tener consecuencias sobre la misma justicia administrativa. Las páginas siguientes no pretenden sino apuntar, con carácter introductorio, algunas de las líneas de esa evolución.

II. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA Y COMPARADA

1. *La justicia administrativa, el mejor barómetro del Estado de derecho*

La justicia administrativa constituye el centro del derecho administrativo,¹ el motor del progreso jurídico,² y el broche de cierre de la división de poderes.³ Representa la “coronación del Estado de derecho”.⁴ Su proclamación constitucional (el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva o al proceso debido, según los sistemas) permite hacer frente a la “soberanía del ejecutivo”⁵ y ha traído consigo relevantes aportaciones en la construcción del derecho administrativo, particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XX. El derecho administrativo, en cada tiempo y lugar, se ha concentrado, desde su nacimiento, en la incesante búsqueda de una más universal e intensa revisión judicial de las decisiones y normas emanadas por la administración. Tal ha sido su primigenia razón de ser: embridar el poder con el derecho. Al fin y al cabo, la efectividad y realidad de los derechos individuales depende de su defensa judicial en caso de conflicto frente al poder público.

2. *La larga marcha hacia el control judicial: universalidad de la jurisdicción; intensidad y densidad de la revisión judicial, y duración del proceso*

El análisis histórico y comparado⁶ pone de relieve que la implantación de una efectiva justicia administrativa ha debido de enfrentarse, entre otros, a tres problemas fundamentales: la limitación del ámbito de la jurisdicción; esto es, la existencia de asuntos no susceptibles de control; la eventual dificultad del examen, bien sea de las cuestiones fácticas o de los hechos subyacentes a

¹ Por ejemplo, puede pensarse en el conjunto de teorías y sistemas construidos desde esta clave: la teoría del control de la discrecionalidad administrativa y del concepto jurídico indeterminado, etcétera. Desde una perspectiva más amplia y comprensiva de la centralidad de la justicia administrativa en el conjunto del derecho administrativo, y sobre la insuficiencia de ese ángulo, véase Schmidt-Aßmann, E., *La teoría del derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, capítulos primero, cuarto y sexto; así como la *Presentación a la traducción*; Barnes, J. (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2006, capítulo quinto.

² Barnes, Javier, *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 139.

³ *Ibidem*, pp. 144, 169 y ss.

⁴ *Ibidem*, p. 139.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

la acción administrativa, bien sea de los fundamentos jurídicos en que aquella se sustenta, y, finalmente, la excesiva duración del proceso y la consiguiente determinación del disfrute del objeto litigioso mientras pende la sentencia.

La existencia de zonas inmunes al control judicial ha sido contrarrestada con la proclamación de la universalidad de la jurisdicción, en cuya virtud cualquier controversia que afecte a los derechos e intereses de los ciudadanos es susceptible de ser residenciada ante los jueces y tribunales para su defensa y garantía. Es la dimensión que podríamos denominar “cuantitativa” de la justicia administrativa: *la tutela judicial para ser real y efectiva ha de extenderse a la protección de la legalidad subjetiva.*

La dificultad para controlar a la administración cuando actúa en el ejercicio de potestades discrecionales o en la interpretación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados ha centrado los mejores esfuerzos del derecho administrativo de las últimas décadas en todos los Estados democráticos y de derecho, a su vez, se ha erigido en el centro del sistema. Son múltiples las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales que se han ido construyendo con el devenir del tiempo para aquilatar los criterios y las técnicas de control, en un delicado equilibrio entre el principio de división de poderes, del principio democrático y de la cláusula del Estado de derecho.⁷ Representa la dimensión *cuantitativa* de la tutela judicial frente al poder público: *para ser real y efectiva, la justicia administrativa ha de poseer una determinada cualidad o intensidad en su fiscalización.*

La excesiva duración de los procesos judiciales, aun resueltas las cuestiones anteriores, se muestra como un problema particularmente persistente. Una justicia tardía es denegación de justicia, así lo han afirmado, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y no pocos tribunales constitucionales. O, dicho en positivo, *la efectividad de la tutela judicial demanda una justicia a tiempo.* Son muchos los instrumentos utilizados para hacer frente a este grave problema.⁸ Con todo, las causas parecen estructurales y residen en los propios fundamentos del sistema: la jurisdicción es víctima de su propia solidez, de su peculiar fisiología, puesto que su producto típico no es la acción, como en el caso de la administración, sino el razonamiento, y ello exige tiempo.⁹ Se trata de la dimensión *temporal* de la tutela judicial.

⁷ Véase, por ejemplo, en técnicas de control judicial de la discrecionalidad, como las que se basan en el examen de los hechos determinantes; el recurso a los principios generales del derecho, como la igualdad o la proporcionalidad; la revisión de la desviación de poder, etcétera.

⁸ Por ejemplo, la tutela cautelar y provisional; el reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etcétera.

⁹ Barnes, Javier, *La justicia administrativa en el derecho comparado*, cit., pp. 30, 196 y 197.

3. *Sobre la naturaleza del control judicial*

En lo que ahora importa, conviene tener presentes tres datos:

- El control jurisdiccional de la acción administrativa no es el único control, sino el *último*. Es, y valga la imagen, lo que la cirugía a la medicina, el último remedio, aunque no el único.
- La tutela judicial es *individual* (se calca y proyecta sobre el derecho individual a proteger), y *singular* o *puntual*, es decir, no se extiende sistemáticamente al conjunto de la política pública en la que la decisión o norma combatidas se insertan. En otras palabras, y en cuanto derecho constitucional, la tutela judicial es de carácter subjetivo (se ocupa de la legalidad atinente a los derechos individuales), y no garantiza ni atribuye por sí misma el control de la legalidad objetiva (infracciones que no afecten a la esfera jurídica de los ciudadanos).
- El control judicial es de carácter *binario* (legal o ilegal) y *negativo* (expulsa lo que es contrario al ordenamiento jurídico), pero no constituye un control de eficacia ni de contenido positivo (si la medida examinada pudo ser “mejor”, “más eficaz”, etcétera).

De ello se infiere, a nuestro limitado propósito, que el derecho administrativo no se agota en el control judicial, pese a su centralidad. El sistema del derecho administrativo ha de ofrecer otros mecanismos y garantías que, primero, sean de carácter preventivo; segundo, se refieran al conjunto de la política pública y no a una decisión aislada, y, tercero, sean capaces de medir la eficacia de la acción administrativa y la calidad de los servicios que la administración presta.

4. *La evolución de la justicia administrativa*

La justicia administrativa no representa una pieza de museo digna de ser admirada por las conquistas históricas en su día cosechadas, ni un mero *desideratum* para el futuro, allí donde no ha sido aún eficazmente implantada. La tutela judicial del ciudadano frente al poder público ha de evolucionar y correr paralela a su tiempo, adaptarse constantemente a las nuevas circunstancias. Las formas de actuación de la administración contemporánea son más ricas y variadas que hace unas décadas. No basta, por ejemplo, con reconocer la acción de nulidad frente a la injerencia o intervención administrativa como en los primeros tiempos, sino que es necesario incorporar otras acciones, como la prestacional, de omisión o la

declarativa, entre otras.¹⁰ Al fin y al cabo, la actividad administrativa no es meramente limitativa o restrictiva de derechos y libertades, sino que es también prestacional y de garantía, por ejemplo.

En ese sentido, son numerosos los retos a los que ha de enfrentarse la justicia tradicional: la creciente acción exterior de las administraciones nacionales; el control de la integridad y calidad de la información administrativa y de su consulta o acceso; las decisiones de la administración en cuestiones de investigación científica y tecnológica; las acciones en el ámbito de la sociedad del riesgo; las controversias judiciales en las que emergen múltiples intereses enfrentados y contrapuestos entre los ciudadanos; los nuevos problemas medioambientales y de planificación territorial, etcétera.

Las transformaciones del derecho administrativo contemporáneo, y con ellas, las de la justicia, pueden contemplarse mejor desde la perspectiva de los métodos de regulación, dirección y gobernanza. Tal es la tesis que aquí se postula. La justicia administrativa, tal y como la conocemos hoy, se inserta en un modelo tradicional de regulación o, si se prefiere, en la concepción clásica del derecho administrativo. La realidad, sin embargo, ha desbordado con creces ese modelo explicativo, que, por su pretendida exclusividad, deviene insuficiente y simplista. Una comprensión más plural de los modelos de regulación permitirá, entre otras cosas, situar a la justicia administrativa en una diversidad de contextos y, por consecuencia, de funciones y características. Veámoslo más despacio.

III. EL MODELO CLÁSICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Los elementos arquitecturales del modelo tradicional del derecho administrativo que han llegado hasta nuestros días traen su origen del Estado liberal de derecho del siglo XIX: las funciones y el contenido característico de la ley; la forma de dirigir el legislador democrático a la administración; el papel vicarial y meramente ejecutor de la administración respecto de la ley; la administración como organización administrativa piramidal y jerárquica; las acciones administrativas formalizadas como centro de atención del derecho administrativo; el sistema de regulación basado en el mandato y prohibición, etcétera.

No obstante sus logros, el sistema conceptual del derecho administrativo tradicional se ha levantado sobre esquemas, postulados o presunciones que no siempre resultan válidas o útiles para aprender por entero los nuevos

¹⁰ Véase, por ejemplo, la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, en Barnes, Javier, *La justicia administrativa en el derecho comparado*, cit.

fenómenos y realidades de nuestro tiempo. Piénsese, a título de ejemplo, en la clásica concepción de la administración pública construida exclusivamente por su referencia a los distintos poderes del Estado:

- La administración sería aquella actividad del Estado que no tiene naturaleza legislativa, ni judicial. La administración se define, por tanto, de forma “residual” o “negativa”.
- Para satisfacer las exigencias dimanantes del principio de legalidad, la forma principal que tiene el Parlamento de dirigir a la administración consiste en establecer programas materiales dotados del mayor grado de detalle posible. La ley aspira, en este contexto, a predeterminar la conducta de la administración para cada supuesto. La administración, por su parte, ejecuta la ley mediante decisiones formales, como el acto administrativo, con la ayuda de determinadas técnicas de subsunción.
- Los tribunales revisan la conformidad a derecho de las resoluciones administrativas, contrastando el entero programa establecido en la ley. Si sólo cabe hallar una única “solución justa”, los tribunales habrán de tener siempre la última palabra y podrán sustituir la decisión administrativa por la judicial.¹¹

Sin embargo, la realidad es más compleja y, desde luego, mucho más interesante.

De entrada, parece claro que la ley no es capaz de preverlo todo, ni, en consecuencia, la administración puede limitarse a aplicar mecánicamente lo que aquélla dispone, ni, por último, el juez, que lo es de la legalidad, cuenta siempre con un parámetro mediante el cual contrastar o revisar las acciones de la administración. La premisa más elemental —la existencia de una ley material con respuestas para todo supuesto en que se encuentre la administración— falla y, con ella, todo el edificio.

En efecto, son muchos los sectores económicos y sociales de la ciencia y de la tecnología que no se dejan disciplinar de ese modo, como también son amplios los ámbitos en que la administración dispone de unas facultades directivas que exceden en mucho de la mera aplicación mecánica de

¹¹ En suma, esa tríada de ideas y presunciones —la unicidad de la administración; la formalización de sus acciones, y la aplicación del derecho entendida como mera ejecución— conforman un modelo muy compacto y cerrado en sí mismo: cada idea se deduce de la anterior y así sucesivamente. En su simplicidad reside la fascinación que ejerce. *Cfr.* Schmidt-Aßmann, E., “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*, cit., p. 29.

la ley. Baste notar que los nuevos métodos de regulación y gobernanza se caracterizan por atribuirle a la administración funciones superiores a las típicamente ejecutivas.

La ley no ha de abdicar de su función por el mero hecho de que no pueda establecer las reglas de juego de todos los supuestos imaginables. Puede, por ejemplo, vincular a la administración mediante programaciones finalistas (determinando objetivos generales y fines específicos, garantías de resultado, principios o pautas de actuación, criterios para orientar la discrecionalidad, etcétera), o adoptar decisiones estratégicas y estructurales que programen “genéticamente” la vida de la administración, mediante normas de organización de la administración con miras a determinar su misma forma de ser¹² o de procedimiento que garantice, mediante una específica forma de decidir, que la administración actuará en el modo deseado por el legislador,¹³ etcétera.

Naturalmente, en cada caso, la justicia administrativa habrá de adaptarse y tener en cuenta la forma de dirección de la administración que la ley haya empleado, como luego se abundará.

El esquema clásico del derecho administrativo ha operado en un doble sentido: como técnica o fórmula para describir y entender los fenómenos jurídicos relacionados con la administración, esto es, como modelo explicativo, de un lado, y como modelo normativo o prescriptivo, de otro, esto es, como criterio del deber ser. El modelo se explica y define a sí mismo como el “canon de normalidad”.¹⁴ No ha servido, pues, tan solo para organizar o sistematizar unos conocimientos, sino como modelo al que acomodar la realidad.

Sin embargo, el último tercio del siglo XX ha estado marcado por relevantes reformas dentro y fuera del Estado, y ha desbordado esos moldes. La internacionalización de los sistemas nacionales (sea o no en áreas regionales, como la Unión Europea) o la redistribución territorial del poder a nivel interno en tantos países no es sino una pequeña muestra de ese cambio vertiginoso. La transformación más profunda no es territorial, sin embargo, ni se cierne sobre el Estado, sino sobre la administración contemporánea y afecta a su misma comprensión, estructura, responsabilidades y relaciones

¹² Por ejemplo, el legislador puede establecer una organización abierta y en forma de red para asegurar la coordinación o la colaboración público-privada; una agencia independiente (un banco central), a fin de garantizar la estabilidad o la distancia de la coyuntura política, etcétera.

¹³ Por ejemplo, el procedimiento de evaluación estratégica ambiental: véase la Directiva europea 2001/42/EC.

¹⁴ Véase Schmidt-ABmann, E. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, *cit.*, p. 31.

con la sociedad y las restantes unidades administrativas en el ámbito interno y más allá de las fronteras estatales. Nuestro tiempo se caracteriza por cambios y revoluciones de efectos multiplicadores sobre la administración y la sociedad. La privatización, la desregulación, la autorregulación regulada, la colaboración público-privada, la sociedad de la información, la globalización de la economía y de la sociedad, etcétera, son algunos de los fenómenos de enorme impacto sobre el derecho administrativo contemporáneo.¹⁵

Todo ello ha determinado la emergencia de otras formas de regulación y gobernanza, que conviven, complementan o sustituyen al viejo modelo regulatorio. No cabe hablar de “el” modelo regulatorio, sino de “los” modelos. Y el derecho administrativo y, por consecuencia, el control judicial, habrán de evolucionar en paralelo.

IV. DE “EL” MODELO DE REGULACIÓN A “LOS” MODELOS Y VÍAS DE REGULACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como se ha observado, el derecho administrativo clásico se ha construido sobre los cimientos de un único modelo de regulación: el método del *command and control*. La aparición de nuevos y diversos *modelos* de regulación habrá de desembocar en la inducción de renovados planteamientos por parte del derecho administrativo,¹⁶ máxime cuando las premisas sobre las que aquél se ha levantado (la capacidad de la ley para dirigir y controlar un sector mediante normas materiales, abstractas, generales y con vocación de permanencia) se hallan en cuestión,¹⁷ y, en términos más amplios, cuando se vienen denunciando la osificación del proceso de elaboración de normas, las disfunciones e incoherencias de su desarrollo o las lagunas en su ejecución.¹⁸

Nótese que junto al modelo tradicional (con adaptaciones y mejoras),¹⁹ conviven otros, como la autorregulación regulada;²⁰ la autorregulación

¹⁵ *Ibidem*, p. 13.

Estos movimientos, en cierto modo, demandan, cuando no encarnan, otros métodos de regulación.

¹⁶ En relación con el medio ambiente, Stewart, Richard B., “Administrative Law in the Twenty-First Century”, 78 *N. Y. U. L. Rev.* 437, 2003, p. 454.

¹⁷ Barnes, Javier, “Collaboration among Public Administrations through Domestic Administrative Procedure”, *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 256.

¹⁸ El debate es amplísimo en la literatura norteamericana. Como ejemplo puede verse Freeman, Jody, “Collaborative Governance in the Administrative State”, 45 *Ucla L. Rev.* 1 (1997).

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Véase, por ejemplo, Eifert, M., “Regulierungsstrategien”, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, München, Bd I, Beck, 2006, pp. 1175 y ss.

social;²¹ el método abierto de colaboración, las agencias o la comitología en Europa;²² la regulación basada en incentivos de carácter económico y de mercado; formas de gobernanza en el plano internacional (por ejemplo, Internet),²³ y tantas otras fórmulas o variantes de gobernanza a nivel interno o regional, diseñadas para compartir la responsabilidad de la regulación y, en consecuencia, integradoras de las distintas plantas o niveles de gobierno y del sector privado,²⁴ etcétera.

Estos y otros modelos pueden responder a *estrategias* regulatorias distintas (la cooperación público-privada y la transferencia de responsabilidades al sector privado; la búsqueda del consenso y la aceptación de los objetivos regulatorios por parte de los destinatarios para garantizar mejores resultados; la consecución de una mayor eficacia en la prestación de los servicios y en el ejercicio de las respectivas competencias administrativas, etcétera).

Igualmente, son múltiples los *instrumentos* o herramientas que pueden utilizarse al servicio de esas estrategias: evaluaciones ambientales (de impacto o estratégicas); análisis coste-beneficios; aprobación de reglamentos mediante consenso; acuerdos y convenios (educativos, ambientales, urbanísticos, de sanidad, etcétera); intercambio de información entre las administraciones; procedimientos administrativos diseñados para hallar la mejor solución no preestablecida por la ley, etcétera. Un mismo instrumento —por ejemplo, la información— puede adquirir una significación propia y específica a efectos regulatorios en función del modelo en el que se inserte.

V. PLURALIDAD DE MODELOS Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA: ALGUNAS CONSECUENCIAS

Se trata, en suma, de un entramado de estrategias, modelos e instrumentos mucho más complejo que el que ha conocido el derecho administrativo tradicional. A nuestros limitados efectos interesa observar las consecuencias que ello genera sobre el control judicial de la administración.

²¹ *Idem.*

²² Estos métodos desdibujan la frontera entre clásicas categorías de producción normativa y aplicación del derecho. Véase, por ejemplo, Gatto, Alexandra, “Governance in the European Union: a Legal Perspective”, 12 *Colum. J. Eur. L.* 487.

²³ Acerca del tema, puede verse Rundle, Mary, *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*, Research Publication, núm. 2005-16, Berkman Center for Internet-Society at Harvard Law School (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870059).

²⁴ Por ejemplo, sobre la llamada gobernanza cooperativa véase Freeman, Jody, *Collaborative Governance in the Administrative State*, *cit.*

En primer término, legislador, administración y jueces adquieren una *posición relativa propia* en cada modelo. Así, por ejemplo, en el esquema del *command and control*, la ley predetermina en detalle qué conductas resultan sancionables en el ámbito de la protección del medio ambiente; por su parte, la administración, mediante un acto administrativo (decisión unilateral, aquí de carácter reglado), subsume en el presupuesto de hecho de la norma la conducta de que se trate, y el juez, finalmente, revisa los hechos constitutivos del ilícito administrativo y la operación de subsunción. Se trata, en este caso, de una secuencia clásica y bien conocida. Si el legislador, por el contrario, apuesta por incentivar la colaboración público-privada y los acuerdos medioambientales con las empresas contaminantes, la ley podrá establecer un marco general y flexible (objetivos y plazos mínimos, etcétera) y renunciar a fijar en detalle el conjunto de prohibiciones y mandatos para cada sustancia contaminante y área, con un plazo determinado, etcétera. En tal caso, la función del juez consistirá en determinar, entre otras cuestiones (procedimiento, organización o competencia), si el contenido del acuerdo desborda el marco establecido, pero no tendrá por objeto revisar subsunción alguna, puesto que la ley no habría prefigurado materialmente cuál sería el contenido obligatorio del convenio para cada sustancia.

En segundo término, es necesario enjuiciar cada instrumento en el *contexto* del modelo en el que se inscriba, y no a la luz del modelo clásico hasta ahora predominante. Así, por ejemplo, el convenio medioambiental no ha de ser examinado por el órgano jurisdiccional como si de un acto administrativo se tratara, ni cuestionado por entenderlo como un mecanismo que pretende eludir o socavar lo que la ley dispone. Y es que la cuestión es previa: el convenio aquí se concibe como un instrumento al servicio de un modelo diverso, y en el marco de una ley que por hipótesis no determina todos los extremos, ni establece un programa material cerrado de actuación. Naturalmente, es ésta una tarea que incumbe en primer término al legislador que ha de ajustar cada herramienta a su concreto modelo: por ejemplo, el procedimiento para negociar el convenio, si quiere beneficiarse de la creatividad para la resolución de los problemas medioambientales y de la iniciativa privada habrá de diseñarse de un modo específico y distinto al esquema procesal.

El *foco* y el énfasis de la revisión judicial puede desplazarse también como consecuencia de la inserción de la técnica o herramienta de que se trate en uno u otro modelo. Piénsese, por ejemplo, en la institución del *procedimiento administrativo*, cuya función y estructura varía en virtud de que se utilice al servicio del esquema regulatorio tradicional o en un modelo de gobernanza. En el primero, el procedimiento administrativo posee una

función adjetiva (al servicio del derecho material o sustantivo), hasta el extremo de que algunas infracciones de forma carecen de fuerza invalidante del procedimiento, si la decisión de la administración resulta materialmente correcta. En ese escenario, de acuerdo con una conocida tradición, lo relevante es que la resolución que ponga fin al procedimiento sea conforme a derecho. El juez realiza un control material o de fondo, y los vicios del procedimiento, en términos generales, suelen ser considerados con cierta indulgencia, si la decisión finalmente adoptada se ajusta a la legalidad material. Por el contrario, cuando el procedimiento se utiliza en el contexto de otros métodos de regulación y gobernanza, como los que se caracterizan por dejar abierta en la ley la solución final para diferirla a un complejo procedimiento participativo (como ocurre, por ejemplo, en el urbanismo, o en el medio ambiente en la Unión Europea, etcétera), la atención del juez se centrará precisamente en el procedimiento establecido por la ley, para revisar todos sus elementos (participación, colaboración, diálogo y ponderación de todos los intereses, motivación, etcétera). El examen de la decisión final, en sí misma considerada, pasa en el control judicial a un segundo plano, puesto que la ley no la habría programado o preestablecido (por ejemplo, la ley no decide por dónde crece al ciudad, sino que difiere la decisión a la administración competente). Aquí, la tutela se desplaza hacia el procedimiento y su observancia habría de ser sancionada judicialmente con la mayor severidad. Por lo demás, ese desplazamiento del control hacia el procedimiento no supone en modo alguno un control de segunda clase, si se tiene en cuenta la trascendencia que esa clase de procedimientos poseen. En suma, una misma técnica —el procedimiento, por ejemplo— adquiere un sentido distinto, y con él, la misma justicia administrativa, en función del modelo regulatorio en el que se instale.

En ocasiones, la utilización de un instrumento —como el procedimiento— en un nuevo esquema de regulación y gobernanza genera problemas específicos para la justicia administrativa, que es necesario atender. Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos administrativos compuestos o mixtos, en los que intervienen diversas administraciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea, y en los que resulta más complejo el control judicial y la determinación de la responsabilidad de cada una de las administraciones intervinientes.

En los supuestos en los que, mediante la privatización, se ha pasado de un modelo regulatorio tradicional, basado en el monopolio, a un esquema de regulación que se articula sobre la cooperación público-privada y/o en los mecanismos de mercado, la revisión judicial y las técnicas de control propias de la justicia administrativa también se extienden a las acciones rea-

lizadas por esas entidades privadas que desempeñan actividades de interés general (por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones o la energía, en los casos en que así se haya procedido). La intensidad del control judicial habrá de ser de igual intensidad que frente al poder público, cuando los sujetos privados realizan actividades de interés general. La privatización no debe suponer minoración alguna de las garantías de control judicial. Los valores, derechos y principios que se esgrimen ante el poder público pueden ser igualmente invocables ante los sujetos privados en tales supuestos (buena fe, igualdad y no discriminación, neutralidad, proporcionalidad, mínimo nivel prestacional, requisitos de procedimiento en su actuación, etcétera), bien porque así puede deducirse de las Constitucionales nacionales, de las exigencias del *common law*,²⁵ o en particular de la legislación ordinaria.²⁶ Al fin y al cabo, privatización no es sinónimo de desregulación: al legislador le corresponde en primer término determinar las funciones que cada sujeto correspondan. La jurisprudencia tendrá en todo caso un indudable papel creativo en estos nuevos escenarios.

La revisión judicial de las controversias sobre la calidad e integridad de la información en manos de la administración —elemento de efectos multiplicadores también a efectos regulatorios— plantea problemas singulares y específicos. Por ejemplo, la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como está configurada, puede presentar ciertas limitaciones funcionales en lo que hace a la resolución de las controversias relativas a la información, cuando se quieren enjuiciar las posibles violaciones de los derechos y deberes en este ámbito. El bien “información” tiene una vida muy corta, vinculada a un concreto y efímero contexto informativo. La información no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento de cara a la adopción de una mejor resolución. Si surge una controversia en torno a la información ofrecida en el seno de un procedimiento administrativo (por ejemplo, alegaciones, participación o audiencia en el procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria o de un plan urbanístico), y ésta no se resuelve de modo inmediato, las decisiones que se adopten podrán nacer con un déficit informativo irreparable.²⁷

²⁵ Respecto al caso norteamericano, véase Freeman, Jody, “The Private Role in Public Governance”, *York University Law Review*, junio de 2000, pp. 588 y ss.

²⁶ Ha de notarse, sin embargo, que la cooperación entre administración y ciudadanos que caracteriza algunas fórmulas modernas de gobernanza implica la superación la vieja línea frontera entre público y privado para subrayar la interacción e interdependencia. Véase *ibidem*, pp. 591 y ss. Ello requiere, en lo que ahora interesa, un examen del conjunto del sistema, del método de producción normativa y de ejecución.

²⁷ Sobre este y otros problemas, muy someramente, puede verse Barnes, Javier, “Una reflexión introductoria sobre el derecho administrativo y la administración pública de la so-

El control judicial, como ya notábamos, habrá de convivir con otros controles, más aún en los nuevos métodos de regulación.²⁸ Ello no supone una pérdida del valor relativo de la justicia administrativa, no ya sólo porque lo relevante a la postre sea el efecto positivo generado por consecuencia del conjunto de controles, o porque el radio de acción de la jurisdicción se extienda al examen de la debida aplicación de esos controles, sino también porque alcanza a los sujetos privados que se integran en los modernos sistemas de gobernanza.

Si las nuevas formas de gobernanza descansan en leyes más abiertas, en las que se establecen los objetivos y los fines y se dejan en manos de la administración la selección de los medios, o se legisla de un modo más principal (sin determinar el presupuesto de hecho al que anudar una consecuencia jurídica), la revisión jurisdiccional habrá de ser igualmente más finalista y adaptarse a la estructura normativa.

ciudad de la información y del conocimiento”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000, núm. VII, y la bibliografía allí recogida.

²⁸ A todos los niveles y en la entera secuencia de las políticas públicas, los nuevos métodos de gobernanza están experimentando toda una variada gama de controles: desde los controles *ex ante*, previos a la formulación de la política misma o de la aprobación de un programa o una norma (evaluaciones de impacto ambiental y de sostenibilidad económica; evaluaciones de riesgos; análisis coste-beneficio, etcétera), a controles *ex post* (de eficacia; de seguimiento y aceptación, etcétera). Desde el establecimiento de organizaciones administrativas en red, diseñadas para una acción más eficaz y cooperativa, y más permeables al intercambio de información y al diálogo, a el diseño de nuevos procedimientos que garanticen la adecuada ponderación de todos los bienes, valores e intereses en juego, la necesaria coordinación administrativa, y las sinergias con el sector privado, etcétera.