

LA CALIDAD EN EL DESARROLLO DE LA DISCRECIONALIDAD REGLAMENTARIA: TEORÍAS SOBRE LA REGULACIÓN Y ADOPCIÓN DE BUENAS DECISIONES NORMATIVAS POR LOS GOBIERNOS Y LAS ADMINISTRACIONES

Por

JULI PONCE SOLÉ

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona (1)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. OBJETO DEL ESTUDIO.—II. LAS RESPUESTAS DEL MODERNO DERECHO ADMINISTRATIVO A LOS NUEVOS RETOS SOCIALES Y ECONÓMICOS: A) *El concepto de regulación en el marco de los fenómenos privatizadores y liberalizadores. Regulación y ejercicio de la potestad reglamentaria en España:* 1. La regulación: un término anfibológico. 2. El origen norteamericano del término: *regulation* y *rule-making*. 3. La recepción europea del término. 4. La regulación en España. B) *La desregulación. Teorías sobre la regulación: la Public Choice:* 1. El surgimiento de la idea de *deregulation* en los Estados Unidos. Los fallos de la regulación y la escuela de la *Public Choice*. 2. La desregulación en Europa. Un ejemplo: los planes de urbanismo. C) *La calidad como paradigma legitimador de la actividad administrativa. La calidad de los reglamentos:* 1. Calidad y buena administración. 2. Calidad y tipos de actividad administrativa. La calidad del ejercicio de la potestad reglamentaria.—III. LA CALIDAD DE LOS REGLAMENTOS EN ESTADOS UNIDOS Y EN EL DERECHO EUROPEO: A) *Distintas culturas jurídicas, distintos modos de ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria.* B) *El ejercicio de la potestad reglamentaria en los Estados Unidos: hard look, ossification y reg-neg.* C) *El Derecho de la Unión Europea y los reglamentos comunitarios: buena administración y discrecionalidad normativa.*—IV. EL DESARROLLO DE LA DISCRECIONALIDAD REGLAMENTARIA EN ESPAÑA: A) *Distintas clases de reglamentos y diversas matizaciones en la clase de discrecionalidad a ejercer:* 1. Según el sujeto que ejerce la potestad discrecional: a) La potestad reglamentaria ejercida por los Gobiernos: su relación con el desarrollo de políticas públicas conectadas a la función de gobierno. La potestad normativa local: discrecionalidad y autonomía local. b) El ejercicio de la potestad reglamentaria por los ministros. c) *Expertise* y ejercicio de la potestad reglamentaria por las «Administraciones independientes». 2. En razón de la relación entre la Ley y el reglamento: reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes. 3. Dependiendo del momento temporal de ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria: a) La toma de la decisión sobre el ejercicio mismo de la potestad reglamentaria: a.1) Discrecionalidad respecto al ejercicio de la discrecionalidad en cuanto a la elaboración de reglamentos independientes y ejecutivos en los que la Ley nada diga. a.2) Discrecionalidad respecto a cuándo ejercer la potestad reglamentaria. a.3) Ausencia de discrecionalidad respecto a la necesidad de ejercer la potestad reglamentaria y respecto al momento de hacerlo. b) El contenido del reglamento una vez decidido el ejercicio de la potestad. 4. En función del contenido de la reglamentación: el caso de la regulación de riesgos en ejercicio de discrecionalidad técnica. B) *Los límites intrínsecos del control judicial de la discrecionalidad reglamentaria. La necesidad de profundizar en vías alternativas para garantizar la buena administración en el ejercicio de la potestad:* 1. El núcleo de la discrecionalidad ajeno a la función judicial de control de legalidad y de tutela de derechos e

(1) Correo electrónico: jponce@dret.ub.es.

El estudio de la cuestión analizada fue emprendido originariamente con el objeto de ser la contribución de su autor al *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Rafael ENTRENA CUESTA*. El presente artículo se basa en dicha contribución, con algunas modificaciones y adiciones.

intereses legítimos. 2. ¿Es lo no controlable directamente por el juez *indiferente* para el Derecho? 3. Imposibilidad constitucional de indiferencia jurídica respecto del núcleo metajurídico de los reglamentos: buena administración, procedimiento y control judicial. C) *Buena administración reglamentaria y diseño legal de procedimientos: las insuficiencias de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y las deficiencias de la Ley del Gobierno de 1997*: 1. Potestad reglamentaria y procedimiento administrativo común. 2. La Ley del Gobierno y sus aspectos mejorables. 3. El papel de la normativa autonómica: el ejemplo de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre. La regulación local de desarrollo de la normativa estatal y autonómica. D) *Buena administración reglamentaria y control judicial del modo de ejercicio de la potestad: el análisis de los vicios procedimentales*: 1. Introducción: delimitación del alcance de este análisis. La situación actual en España. Algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia dominante. 2. Los paradigmas que condicionan a la jurisprudencia mayoritaria: a) La tradición española: irrelevancia de los vicios «formales» como consecuencia de la falta de consideración de la importancia del procedimiento administrativo. b) El concepto inmanente de interés general, la confianza en la *expertise* administrativa y la desconfianza hacia los «espurios» intereses privados. 3. Elementos para la esperanza: ejemplos de decisiones judiciales que garantizan el desarrollo de la buena administración en el ámbito reglamentario, protegiendo el principio democrático y la transparencia. E) *¿Una mayor formalización del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria, en aras de la buena administración, debe necesariamente suponer siempre una mayor rigidez en el conjunto de la actividad administrativa?*: 1. La tensión entre formalismo e informalismo en el actuar administrativo. Simplificación, garantías y buena administración. 2. Posibles vías de compensación de la necesaria formalización procedimental y de control de la «hemorragia» reglamentaria actual: a) La autorregulación. Su distinción de la desregulación. b) Distinción procedimental normativa en función de la autoría de los reglamentos, de su relevancia y de su contenido. El posible papel de los códigos internos procedimentales. c) La combinación de la elaboración de reglamentos con el uso de directrices. d) La negociación de reglamentos como factor de flexibilidad administrativa. ¿Es la negociación de reglamentos jurídicamente posible en nuestro Derecho? La situación de hecho y la situación de Derecho. Algunas experiencias comparadas. F) *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN. OBJETO DEL ESTUDIO

El objeto del presente estudio es el análisis del modo de ejercicio de la potestad reglamentaria, a través del correspondiente procedimiento administrativo debido.

Para ello, voy a utilizar el instrumental conceptual desarrollado con anterioridad a este trabajo, singularmente la noción de *buena administración* (2). Concepto éste que pone de relieve una *preocupación contemporánea por la calidad de la actividad administrativa*. En esta misma línea, deben tomarse en consideración las elaboraciones que desde la Ciencia Política se están efectuando en torno a la idea de *gobernanza* (3). Todos estos desarrollos en la esfera pública están en consonancia, por cierto, con preocupaciones similares, salvando,

(2) Vid. J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad y del procedimiento administrativo*, Valladolid, 2001. Más recientemente puede consultarse también J. PONCE SOLÉ, *Good Administration and European Public Law. The Fight for Quality in the Field of Administrative Decisions*, «European Review of Public Law», vol. 14, núm. 4, invierno 2002, págs. 1503 a 1544.

(3) Sobre este concepto, véase, por ejemplo, S. AGERE, *Promoting Good Governance*, Londres, 2000. Asimismo, téngase en cuenta el *Libro Blanco sobre la Gobernanza europea*, publicado en el «DOCE», núm. C-287, de 12 de octubre de 2001.

naturalmente, las distancias, relativas al *comportamiento empresarial privado*, como demuestran los documentos relativos al *buen gobierno empresarial*, elaborados en España siguiendo la estela de otras iniciativas foráneas previas (4).

Mi análisis de la potestad reglamentaria, en concreto, va a centrarse en el *modo de ejercicio* de ésta, como se avanzó. Un estudio jurídico, como éste, que pretenda ser fructífero no puede prescindir de tomar en consideración ni el cambiante contexto social y económico actual, ni las aportaciones ofrecidas por otras ciencias (así, por ejemplo, la Economía o la Ciencia Política), ni las experiencias comparadas relevantes que, en cierto modo, parecen marcar tendencias. En definitiva, un estudio jurídico de las características apuntadas, como pretende ser éste, está obligado a adoptar forzosamente, pues, un enfoque realista o funcionalista (5). En definitiva, este trabajo, siguiendo la estela de otros anteriores, pretende interesarse por el «Derecho en acción», es decir, el modo en como el Derecho funciona en la sociedad, o, por utilizar las palabras de Félix COHEN, «el sentido humano del Derecho» (6).

El tema objeto de este análisis aparece en la actualidad necesitado, en mi opinión, de estudios jurídicos que cubran lagunas aún existentes e intenten replantearlo desde el punto de vista constitucional. Si, como ha sido notado por GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, la potestad reglamentaria es quizá la potestad «más intensa y grave» y tiene una importancia «de primer orden», pudiera sorprender, en principio, el actual «nivel de rudimentariedad», en palabras de SANTAMARÍA PASTOR, de los aspectos procedimentales en el ejercicio de la potestad reglamentaria (7).

(4) Nos referimos al informe elaborado por la Comisión Olivencia (el llamado Código Olivencia), hecho público en 1998, y al más reciente informe de la Comisión Aldama, hecho público en enero de 2002. Un paralelismo entre la preocupación por la buena administración —en el ámbito público— y el buen gobierno empresarial puede hallarse en J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 108 y ss.

(5) Sobre la necesidad de que los análisis jurídicos adopten tal enfoque, véase ya tempranamente F. GARRIDO FALLA, *Dos métodos en el estudio de la Administración pública (método jurídico y ciencia de la Administración)*, Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1961, págs. 92 y ss., poniendo de relieve su utilidad para evitar el formalismo estéril en el estudio del Derecho administrativo.

Una crítica sobre lo que el autor considera un excesivo ensimismamiento del Derecho administrativo actual en sí mismo puede hallarse en F. GONZÁLEZ NAVARRO, *De los principios del buen hacer administrativo*, «Actualidad Administrativa», núm. 18, 30 de abril al 6 de mayo de 2001, págs. 692 y 693, señalando que «la experiencia vivida en el bufete profesional, en la gestión administrativa de nivel superior, o en los tribunales de justicia dirigiendo o resolviendo eso que se ha dado en llamar “casos difíciles”, enseña que no hay ciencias independientes, que antes al contrario, todas son interdependientes, que para entender y aplicar el derecho positivo, el derecho “puesto” en los diarios oficiales, hay que saber de otros muchos saberes que no son los del derecho».

(6) F. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, «Col. LR», 35, 1935.

(7) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 9.^a ed., 1999, págs. 174 y 175, y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *El sistema de fuentes del*

Sin embargo, el conocimiento de los paradigmas dominantes en nuestro Derecho administrativo —y en otros Derechos europeos, por cierto— disipa la aparente sorpresa. La tradición histórica, cultural, social y política —de no excesiva raigambre democrática, por cierto, como es notorio (8)— española condiciona un determinado modo dominante de entender el *interés general* (como trascendente a los intereses privados), una cierta manera de entender la *legitimación administrativa* (prevalentemente basada aún en el papel de ejecución de la ley y en la preparación técnica o *expertise* administrativa) y una relativa desconfianza hacia la *participación ciudadana* —pese a las llamadas retóricas instando a su desarrollo—, basada en la creencia de que ésta puede permitir la introducción de intereses privados «espurios», los cuales podrían influir sobre ese previo e inmanente interés general, persiguiendo exclusivamente objetivos «egoístas» que puedan llegar a influir en el decisor. Todo ello sazonado con un interés menguado en las cuestiones procedimentales en general, con un mucho mayor interés en el contenido de la decisión final (especialmente en el caso del acto administrativo) y en su control judicial.

Como veremos en su momento, estos clásicos paradigmas (9) —a veces no explicitados de este modo, pero no infrecuentemente actuando como corriente subterránea alimentadora de algunas actitudes normativas, administrativas y judiciales— coinciden de forma parcial con algunos postulados de cierta teoría moderna de la regulación (la *Public Choice*, de clara tendencia contraria a la intervención administrativa, como se verá), aunque los influidos por ellos ni siquiera se aperciban: les podría estar pasando lo mismo que al personaje de Molière, que llevaba años hablando prosa sin saberlo.

En referencia a un ámbito distinto, el europeo, pero con reflexiones interesantes en todo caso, SHAPIRO ha llamado la atención sobre que «durante la próxima década por lo menos el Derecho Administrativo que gobierna la creación de detalladas normas de implementación de la regulación de la Unión de las empresas económicas es

Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la «Revista de Administración Pública» (1950-1999), núm. 150 de esta REVISTA, págs. 573 y ss.

(8) Por todos, J. SOLÉ TURA y E. AJA, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Madrid, 13.^a ed., 1985, *in totum*. En la página 4 se señala que «el Estado español contemporáneo se ha formado bajo la dirección política de una oligarquía cerrada y reaccionaria, y todos sus aparatos e instituciones están recorridos, de arriba abajo, por la impronta de esa oligarquía». Con las inevitables matizaciones, teniendo en cuenta el momento en que se escribieron estas líneas, la idea esencial nos parece que sigue siendo válida, en el sentido de que aún existen algunas «prácticas» e «ideas» administrativas arraigadas, que conectan con un largo pasado no democrático. Creemos que éstas no dejan de influir en el ejercicio de la potestad reglamentaria, como se verá.

(9) Con mayor extensión, puede consultarse un análisis de los mismos en J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 46 y ss.

un tema central, quizás el tema central del Derecho de la Unión y dada la importancia de la regulación de la Unión para Europa, un tema central del Derecho Europeo en general» (10).

Partiendo de estas premisas básicas, este análisis sólo pretende ser un primer acercamiento a complejas cuestiones, necesitadas, sin duda, de un más amplio y profundo tratamiento que, por razones de capacidad y espacio, no estoy preparado para efectuar en este momento.

Teniendo en cuenta este condicionante, mi exposición se articulará del siguiente modo. En primer lugar, efectuaré un brevísimo repaso sobre los efectos de los fenómenos en curso de privatización y liberalización, en relación al sentido y funcionalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria, la cual experimenta un reforzamiento de su trascendencia, con análisis específico de dos términos de creciente uso: (neo)regulación y desregulación. En este primer apartado se insistirá en la idea de que el reto de la calidad administrativa afecta también al ejercicio de potestades, como es el caso de la reglamentaria.

En segundo lugar, intentaré demostrar cómo la preocupación por la calidad de las disposiciones reglamentarias en conexión con el procedimiento administrativo es un tema en auge tanto en el Derecho administrativo comparado como en el Derecho administrativo europeo (11). Respecto al primero, tendré en cuenta la experiencia norteamericana, por su particular interés, al poner de relieve objetivos, problemas y soluciones similares a los que ya se están planteando en Europa (12). En cuanto al segundo, haré especial hincapié en el derecho a una buena administración derivado de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, desarrollado ahora en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa y de probable incorporación a una futura Constitución europea.

En tercer lugar, me centraré en el Derecho español. Así, intentaré

(10) M. SHAPIRO, *Equality and Diversity*, «ERPL», vol. 11, núm. 2, verano de 1999, pág. 399, en la que continúa su exposición poniendo de relieve que en el Derecho administrativo europeo la regulación de los aspectos procedimentales relativos a la elaboración de normas «no existe actualmente o existe sólo en su más rudimentaria e incompleta forma».

(11) En diversos países europeos se ha producido desde hace años una insistencia en la importancia del procedimiento administrativo, entendido desde renovadas perspectivas, como lo atestiguan distintos estudios doctrinales de, por citar ahora sólo algunos nombres, GALLIGAN en Gran Bretaña, CASSESE en Italia, ISAAC en Francia o SCHMIDT-ASSMAN en Alemania, por ejemplo. Una muestra de la creciente preocupación europea por los temas procedimentales, con trabajos de algunos de estos autores y de otros, puede hallarse en la «European Review of Public Law», número especial de 1993, dedicado monográficamente al procedimiento administrativo.

(12) En este sentido, A. LA SPINA y G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bolonia, 2000, pág. 187, señalando cómo la Unión Europea podrá aprovecharse de la «larga experiencia del Estado regulador norteamericano en el control de la discrecionalidad burocrática», interés en la experiencia norteamericana que extienden también a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

una primera y breve sistematización de la naturaleza de los distintos tipos de discrecionalidad reglamentaria, con el fin de intentar aprehender del modo más preciso las posibles peculiaridades (en el procedimiento de elaboración del reglamento primero y en su posterior control judicial luego) generadas por esta diversidad.

Más tarde comprobaremos cómo la existencia de discrecionalidad reglamentaria plantea la cuestión esencial del límite intrínseco del control judicial como instrumento de control de la calidad de la regulación adoptada. Este límite es lo que ha motivado que en otros sistemas jurídicos se haya primado el procedimiento administrativo (y su posterior escrutinio judicial) como garantía indirecta de tal calidad.

A continuación, me centraré en sólo algunos aspectos del modo de ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria. Concretamente, en tres. Primero, en la cuestión de la participación ciudadana, en conexión con las ideas de buena administración, transparencia e igualdad, en el marco de algunas reflexiones sobre la democracia deliberativa. Segundo, en el análisis económico *ex ante* de la norma a aprobar, enlazando aquí con algunas reflexiones conectadas al denominado Análisis Económico del Derecho. Tercero, en la motivación de los reglamentos.

Puedo avanzar aquí que, en mi opinión, estos tres aspectos son susceptibles de mejores diseños normativos que los existentes en la actualidad y que, en cualquier caso, están necesitados de un necesario (incluso urgente, me atrevería a apuntar) cambio de tratamiento jurisprudencial, en aras de lograr una buena administración efectiva.

La tesis esencial del presente estudio es que es preciso un nuevo tratamiento normativo y jurisprudencial que acabe con lo que ha sido denominado, como vimos, el actual «nivel de rudimentariedad» de los aspectos procedimentales en el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo que deviene singularmente trascendente en el contexto de la evolución hacia el «Estado regulador».

Ahora bien, el énfasis en los aspectos procedimentales en la normativa y la jurisprudencia no debe conducir en ningún caso a una excesiva rigidez del comportamiento administrativo que, a su vez, pueda comprometer la buena administración. Junto con una llamada a la limitación razonable de la actividad del Legislador y al mantenimiento del Poder Judicial en el campo funcional que le es propio, el estudio propone algunas vías alternativas al uso de la potestad reglamentaria que pueden, por un lado, ofrecer ventajas por su flexibilidad y, por otro, contribuir a acabar con la auténtica marea reglamentaria actual. Sin embargo, cada una de estas vías, pese a su potencial utilidad, presenta a su vez aspectos dignos de consideración

—que este estudio se limita a rozar en una primera aproximación necesitada de ulteriores investigaciones—, a fin de que en ningún caso su uso comprometa los derechos e intereses de los ciudadanos.

II. LAS RESPUESTAS DEL MODERNO DERECHO ADMINISTRATIVO A LOS NUEVOS RETOS SOCIALES Y ECONÓMICOS

Las ideas que a continuación se exponen han de ser, por razones de espacio, necesariamente muy breves. Se limitan a exponer los puntos esenciales de una cuestión necesitada de una investigación más profunda, en curso de elaboración por el autor de estas líneas.

A) *El concepto de regulación en el marco de los fenómenos privatizadores y liberalizadores. Regulación y ejercicio de la potestad reglamentaria en España*

1. *La regulación: un término anfibológico.*

El término «regulación» tiene diversos significados. Es empleado por la Economía y también por el Derecho. En el campo jurídico, se trata de un término empleado en distintas culturas jurídicas con significados no siempre coincidentes y, además, en diversos planos jurídicos, desde los conectados con el Derecho público a los relativos a la Teoría General del Derecho (13).

2. *El origen norteamericano del término: regulation y rule-making.*

El origen del empleo de este término se encuentra en los EE.UU. En ese país el término *regulation* es empleado tanto para referirse a la intervención administrativa sobre servicios de interés general de titularidad privada (*public utilities* sobre las que se desarrolla una *economic regulation*), desarrollada mediante *independent regulatory commissions*, como en relación a la misma intervención en búsqueda de objetivos sociales (*social regulation*), desarrollada por *agencies* que carecen del «blindaje» especial que caracteriza a las anteriores *commissions*. En ambos casos, la regulación tiene un sentido am-

(13) Por ejemplo, G. TIMSIT, *Les deux corps du Droit. Essai sur la notion de régulation*, «Revue Française d'Administration Publique», núm. 78, 1996, págs. 375 y ss.

plio, que incluye la elaboración de reglamentos (*rule-making*), pero no se agota en ellos, incluyendo también actividades como la inspección o la concesión de licencias, por ejemplo (14).

3. *La recepción europea del término.*

El término ha cruzado el Atlántico y no lo ha hecho accidentalmente, sino en el contexto de oleadas privatizadoras y liberalizadoras que desde los años ochenta del pasado siglo barren Europa. Un efecto de estos fenómenos es que el Estado ha seguido interviniendo en la sociedad, pero cambiando de táctica. Como ha sido dicho, el Estado ha pasado de «remar» a «dirigir», convirtiéndose en un *Stato regolatore* (15). Las privatizaciones y liberalizaciones cambian las reglas del antiguo juego monopolista y la regulación, desarrollada además por nuevas estructuras públicas, trata de responder a la complejidad resultante de la competencia entre diversos operadores privados (16).

4. *La regulación en España.*

Inscrita en este marco europeo, España está soportando los mismos cambios estructurales económicos que dan paso a la regulación. El modelo de intervención administrativa mediante la titularidad pública del servicio público en régimen de monopolio, con prestación del mismo en su caso, deja paso, poco a poco, a la dirección de la actividad privada (17), la cual desarrolla la actividad bajo la regulación pública, desarrollada, en su caso, por estructuras específicas —las llamadas «Administraciones independientes» (18).

Regulación en este contexto abarca a reglamentación, pero exce-

(14) P. L. STRAUSS, *An Introduction to Administrative Justice*, 1989, págs. 89 y ss.

(15) Véanse C. HARLOW y R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Londres-Edimburgo-Dublín, 2.ª ed., 1997, pág. 303, y G. MAJONE y A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, «Rivista Trim. di Scienza dell'Amministrazione», núm. 3, 1991, págs. 3 y ss.

(16) Sobre la situación británica, por ejemplo, puede consultarse F. J. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*, Madrid, 1992.

(17) Por todos, S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, vol. II, Madrid, 1997, pág. 179: «la apertura total de los mercados desarbola las potestades que la Administración Pública mantenía estando vigente el régimen de los monopolios, para la regulación y el control de los operadores, la vigilancia del servicio y la garantía de los usuarios. El nuevo orden del mercado trae consigo la necesidad de nuevos principios de regulación».

(18) Sobre este tipo de actividad puede consultarse, por ejemplo, la Ley 13/1998, de 4 de mayo, del Mercado de Tabacos, que señala que el Comisionado para el Mercado de Tabacos «ejercerá las [competencias] de carácter regulador» precisas.

de esta actividad, incluyendo, de hecho, algunos tipos de actividad pública de intervención que algunos autores consideran presentan características singulares en función del nuevo escenario descrito (19). En este trabajo, cuando utilice la palabra regulación lo haré en referencia específica al ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo que se diga otra cosa.

B) *La desregulación. Teorías sobre la regulación: la Public Choice*

1. *El surgimiento de la idea de deregulation en los Estados Unidos. Los fallos de la regulación y la escuela de la Public Choice.*

Pero junto a la regulación el término *deregulation*, de origen también norteamericano, ha ocupado una plaza en la literatura dedicada al comportamiento público. Se entiende por *deregulation* la desintervención pública en la sociedad. La teoría de la regulación denominada *Public Choice* ha ofrecido el sustrato intelectual a favor de tal retirada, utilizando aportaciones de la Economía y de la Psicología (mediante el enfoque denominado de la *elección racional*). Esta escuela se muestra hostil a la actuación pública frente a los *fallos de mercado*, puesto que, entienden sus partidarios, el remedio es peor que la enfermedad. Partiendo de la concepción de la acción pública como un «mercado», esta línea de pensamiento pone de relieve el egoísmo de los actores públicos, que ante todo pretenden maximizar su fortuna, así como el de los privados que se relacionan con ellos, que sólo buscan satisfacer sus intereses mediante la intervención pública (comportamiento denominado de *rent-seeking*), para lo que no dudan en «capturar» a las estructuras administrativas, que acaban percibiendo a los regulados más como clientes que como sujetos cuya conducta exige una regulación objetiva en servicio del interés general (20).

(19) Sobre la regulación como un concepto equivalente al de intervención administrativa (o policía, en nuestra terminología clásica), D. SORACE, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, Bolonia, 2.^a ed., 2002, pág. 72. Respecto a las supuestas características singulares de esta actividad de regulación, J. TORNOS MAS, «La actividad de regulación», en F. SOSA WAGNER (COORD.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. Ramón MARTÍN MATEO*, tomo I, Valencia, 2000, págs. 1329 y ss.

(20) Un buen resumen de las bases teóricas de esta línea de pensamiento en S. CROLEY, *Theories of Regulation: incorporating the Administrative Process*, «Columbia Law Review», núm. 98, enero de 1998, págs. 34 y ss. Aunque se exponen las posturas más extremas de esta escuela, existen otros desarrollos más moderados que insisten en la necesidad de incorporar las perspectivas económicas en el comportamiento público, dejando de lado los aspectos más sombríos de este enfoque, una aproximación que, como se verá *infra*, me parece interesante.

2. *La desregulación en Europa.*
Un ejemplo: los planes de urbanismo.

El movimiento desregulador también ha llegado a Europa. En el caso español, aunque su significado aún es poco preciso, pueden seguirse sus trazas en el ataque, de claras raíces ideológicas, que desde hace años se está desencadenando contra el papel de los planes de urbanismo. Movimiento que cristalizó en la Ley 6/1998 y fue continuado por el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio. De momento, la reciente Ley 10/2003, de 20 de mayo (con una nueva modificación del art. 9.2) es el último episodio en esta línea descrita (21).

C) *La calidad como paradigma legitimador de la actividad administrativa. La calidad de los reglamentos*

1. *Calidad y buena administración.*

Como es conocido, la calidad se está erigiendo desde hace años en un nuevo parámetro legitimador de la actividad administrativa. Ante la insatisfacción de la legitimación clásica administrativa —basada en la pura ejecución automática de la ley, modelo denominado de «correa de transmisión» por STEWART (22)—, debido al creciente papel de la discrecionalidad, los esfuerzos se dirigen a reforzar esta legitimación con otras perspectivas (23). En esa línea, la idea de calidad hace su aparición en nuevos desarrollos normativos y doctrinales (24).

2. *Calidad y tipos de actividad administrativa.*
La calidad del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Al respecto, quiero notar, y esto es de la mayor importancia, que la calidad administrativa no debe quedar confinada al desarrollo de la actividad de servicio público *strictu sensu*, a la actividad material

(21) Sobre estas cuestiones puede consultarse J. PONCE SOLÉ, *Poder Local y Guetos Urbanos*, Madrid, 2002.

(22) En su clásico artículo *The Reformation of American Administrative Law*, «Harvard Law Review», vol. 88, núm. 8, 1975, pág. 1675. Éste es, por cierto, el modelo subyacente, por ejemplo, en el enfoque de A. MERKL, *Tratado General de Derecho Administrativo*, Editora Nacional, México, 1980, autor que aún hoy en día goza de predicamento entre algunos administrativistas contemporáneos.

(23) Debemos remitirnos aquí a J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 118 a 125.

(24) Téngase en cuenta en el caso español, por ejemplo, el artículo 4.1, letra b), de la LOFAGE o el Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las Cartas de Servicios y los Premios a la Calidad en la Administración General del Estado.

o técnica. El objetivo de la calidad debe extenderse, por mandato constitucional derivado del deber de buena administración, a la producción de actos jurídicos formalizados —en lo que ahora nos interesa, a los reglamentos—, resultado del ejercicio de potestades administrativas. Esta observación supone un cambio cultural consistente en una «verdadera y propia revolución», en palabras que no son mías, sino de CERULLI IRELLI (25).

III. LA CALIDAD DE LOS REGLAMENTOS EN ESTADOS UNIDOS Y EN EL DERECHO EUROPEO

A) *Distintas culturas jurídicas, distintos modos de ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria*

Indudablemente, la tradición histórica cultural, social y política afecta al modo de ejercer el poder público en cada sistema jurídico y, por lo que ahora nos interesa, incide específicamente también sobre la manera de desarrollar la potestad reglamentaria. En un muy sugerente trabajo, ZIAMOU ha comparado la tradición norteamericana, alemana e inglesa en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria y, específicamente, respecto al control judicial de la misma (26). La comparación entre el sistema jurídico norteamericano y los otros dos sistemas europeos revela cómo en el primer caso el Poder Judicial asume un papel relevante en el control del efectivo cumplimiento del procedimiento reglamentario, partiendo de un doble orden de asunciones. En primer lugar, que el titular de la potestad reglamentaria desarrolla una amplia discrecionalidad, no una mera ejecución de la ley basada en aspectos puramente técnicos. En segundo lugar, que la participación y la motivación garantizan un ejercicio transparente, plural y democrático de esa discrecionalidad. Frente a esta concepción, en el caso alemán especialmente, los tribunales europeos consideran que la actividad del Ejecutivo está «fuertemente pre-programada por la ley», idea ésta que «ya apenas se corresponde con la realidad», pero que sirve de guía (siquiera «subconscientemente») a la conducta judicial. Eso explicaría la escasa atención jurisprudencial al procedimiento reglamentario mostrada hasta el momento en Alemania (27).

(25) V. CERULLI IRELLI, *La simplificación de la acción administrativa*, «DA», núms. 248-249, 1997, págs. 339 y 340.

(26) T. ZIAMOU, *New Process Rights for Citizens? The American Tradition and the German Legal Perspective in Procedural Review of Rulemaking*, «Public Law», invierno de 1999, págs. 726 y ss.

(27) T. ZIAMOU, *New Process Rights...*, op. cit., pág. 737.

En nuestra opinión, la situación española, aunque no estudiada por ZIAMOU, encaja mucho mejor en la tradición germana que en la estadounidense. Por ello, para entender mejor nuestro propio sistema jurídico por contraste, creo útil concentrar mi atención en algunos aspectos clave del procedimiento reglamentario norteamericano, en conexión con los problemas actualmente existentes en aquel sistema jurídico.

B) *El ejercicio de la potestad reglamentaria en los Estados Unidos: hard look, ossification y reg-neg*

Hace aproximadamente unos treinta años, el control judicial del cumplimiento del procedimiento reglamentario en los Estados Unidos sufrió una inflexión importante. Del tradicional control laxo sobre el modo de ejercicio de la discrecionalidad administrativa se pasó progresivamente a un escrutinio riguroso (*hard look*) de la corrección de su desarrollo, basado en el análisis conjunto del expediente y de la motivación de la decisión normativa, a fin de comprobar que la alternativa elegida había sido el fruto de una ponderación auténtica de los intereses sociales, a los que se tenía que haber escuchado *realmente* en los trámites participativos existentes. El cambio jurisprudencial tuvo, sin duda, una pluralidad de causas, entre las que es posible destacar al menos dos. En primer lugar, la conciencia de que el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria no era sólo una cuestión de *expertise*, sino que también suponía una elección entre opciones, con uso de criterios que iban más allá de los puramente técnicos (28). En segundo lugar, la modificación en la creencia generalizada en el modelo de legitimación administrativa basada en la pura aplicación automática de la Ley: si ésta no era siempre posible, se constató la necesidad de que el interés general pudiera ser definido previo conocimiento y ponderación de los intereses (privados y públicos) relevantes (29).

El *hard look* judicial está provocando un vivo debate doctrinal en los EE.UU. Si bien *nadie niega la importancia de un control judicial serio sobre el procedimiento reglamentario como medio de promover la calidad administrativa*, algunos autores denuncian que la excesiva

(28) A esta conciencia judicial contribuyó el hecho de constatar que en ciertos ámbitos, por ejemplo el medioambiental, las *incertidumbres científicas* generaban controversias que era necesario afrontar con criterios discrecionales. En este sentido, R. J. PIERCE, *Seven ways of dossify agency rulemaking*, «Administrative Law Review», 47, núm. 1, invierno de 1995, págs. 59 y ss.

(29) Es lo que R. B. STEWART, *The Reformation...*, op. cit., págs. 1712 y ss., denomina *el modelo de representación de intereses* como fundamento de la legitimación pública.

agresividad del mismo en la práctica judicial norteamericana está provocando una injerencia judicial que da lugar a la paralización de la intervención administrativa, agobiada por los costes que la elaboración de una norma, de conformidad con los exigentes estándares judiciales, provoca (30). Es lo que se conoce con el nombre de *ossification* (31). Fenómeno que ha llevado a ensayar otros modos de regulación, más flexibles, entre los que destaca la negociación de reglamentos, o *reg-neg* (32).

C) *El Derecho de la Unión Europea y los reglamentos comunitarios: buena administración y discrecionalidad normativa*

Como ya se apuntó, diversas opiniones doctrinales ponen de relieve cómo el modo de ejercicio de la potestad reglamentaria en Estados Unidos puede ser una buena fuente de inspiración —tanto en lo que tiene de positivo como en los problemas que deben ser evitados— para los ordenamientos jurídicos nacionales europeos y, especialmente, para el Derecho administrativo europeo. En este sentido, SHAPIRO, en un interesante trabajo, ha subrayado cómo los futuros desarrollos del modo regulador europeo podrían hallar una interesante referencia en los procedimientos reglamentarios norteamericanos (33).

No es nuestra intención exponer los procedimientos de elaboración de normas de desarrollo por parte de las instituciones europeas de modo detallado (34). Sí queremos, sin embargo, a los efectos del

(30) Véase una exposición del debate en J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 764 a 766. Debe notarse que el debate se centra en torno a las denominadas *major rules*. W. S. JORDAN, *Ossification Revisited: Does Arbitrary and Capricious Review Significantly Interfere with Agency Ability to Achieve Regulatory Goals Through Informal Rulemaking?*, «Northwestern University Law Review», núm. 94, invierno de 2000, págs. 393 y ss., señala como parámetro para definir a estos reglamentos su sujeción a los requisitos procedimentales fijados por las *Executive Orders* 12.291 ó 12.886, aplicables a todo reglamento que tenga un impacto de 100 millones de dólares o más en la economía nacional.

(31) La controversia doctrinal no se ciñe sólo a conocer si la *ossification* es generada por el control judicial (o existen también responsabilidades normativas, derivadas, por ejemplo, de las *Executive Orders* mencionadas en la nota anterior). También se discute cuál es el impacto real del control judicial sobre los reglamentos. Existen estudios que cifran en torno al 60% el número de recursos judiciales que acaban con la invalidez de la norma. Sin embargo, W. S. JORDAN, *Ossification Revisited...*, op. cit., pág. 440, nota 274, con base en otros estudios, cifra en alrededor de sólo un 17%, sobre el total de los elaborados, el porcentaje de reglamentos que son anulados, notando, además, que las Agencias consiguen sobreponerse rápidamente en tales casos.

(32) Conectando los fenómenos de *ossification* y *reg-neg* en el sentido expuesto en el texto, véase P. J. HARTER, *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, «Georgetown Law Journal Association», núm. 71, 1982, págs. 1 y ss.

(33) M. SHAPIRO, *Equality...*, op. cit., págs. 372 y ss., especialmente págs. 403 y ss.

(34) Para las cuestiones de detalle, nos remitimos a AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Madrid, 2000, págs. 95 y ss., y M. CHITI, *Derecho Administrativo Europeo*, Madrid, 2002, págs. 130 y ss. y 146 y ss.

objeto de este estudio, poner de relieve cómo el modo de desarrollo de la discrecionalidad normativa en Europa contrasta notablemente en la actualidad con el caso norteamericano. SHAPIRO ha puesto de relieve cómo, en el ámbito europeo, la creencia de que la legitimación de los reguladores se basa prioritariamente en su *expertise* ha generado un consenso en torno a la idea de que la elaboración normativa es una labor puramente técnica y apolítica, generando un estilo normativo europeo basado en una relación confidencial, íntima, consensual entre los reguladores y los regulados, con raíces en el modo de ejercicio de la potestad reglamentaria en los ordenamientos nacionales, en la que la participación de «extraños» es vista con desconfianza, al poder poner en peligro la eficiencia que este modelo tecnocrático de regulación prima y ser entendida como un peligro de que poderosos intereses introduzcan factores políticos que generen desigualdad y afecten a la eficiencia del comportamiento público.

SHAPIRO discute esta concepción de la legitimación anclada en la *expertise*, argumentando que la labor reguladora no es neutral y técnica, sino que tiene componentes de política pública, al posibilitar el desarrollo de discrecionalidad. Asimismo, el modo de ejercicio «opaco» de esta discrecionalidad genera desigualdad, al tomar en consideración ciertos intereses pero preterir otros, que no pueden tener voz en el proceso de toma de la decisión. Este modo de desarrollo de la discrecionalidad normativa, según SHAPIRO, hace que, parafraseando a ORWELL, todos los intereses sean iguales, pero algunos sean más iguales que otros, condicionando la toma en consideración de la diversidad de intereses de nuestra sociedad que pueden hallarse conectados con la regulación a aprobar (35). Lo que coloca en primer término la cuestión de la necesaria transparencia generada por una participación abierta en un modelo pluralístico de la democracia, que permita que las voces de los excluidos y de las minorías aisladas se puedan oír y ponderar.

Sin duda, la aportación de SHAPIRO es interesante, aunque pueda tener aspectos discutibles. Así, por ejemplo, hay que tener en cuenta que los reglamentos comunitarios tienen una naturaleza especial, que los hace difícilmente identificables con meras normas de valor reglamentario, tal y como son entendidas, por ejemplo, en nuestro Derecho. Aunque también es cierto que la «comitología» y el incesante incremento en el número de Agencias europeas, con una pro-

(35) La frase a que se hace referencia del escritor George ORWELL se halla en su conocida sátira *Animal Farm*, cuando en el Capítulo X se expone el único final mandamiento de la granja: «TODOS LOS ANIMALES SON IGUALES. PERO ALGUNOS ANIMALES SON MÁS IGUALES QUE OTROS». Tomo la referencia de la edición de la obra de Penguin Books, Londres, 1985, pág. 90.

bable evolución hacia el otorgamiento a éstas de poderes normativos, refuerza los argumentos expuestos, como el propio autor hace notar (36). En cualquier caso, su llamada de atención sobre la legitimación última de las normas reguladoras y sobre la importancia del procedimiento como factor de igualdad y democracia es altamente sugerente (37).

La línea de creciente importancia de los aspectos procedimentales en la toma de decisiones parece estar en progresivo reforzamiento, a tenor de los desarrollos jurisprudenciales y normativos recientes en el ámbito comunitario. Los desarrollos contenidos en la Recomendación núm. R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de marzo de 1980, relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia, estudiados por NEHL (38), han cristalizado en el *derecho a una buena administración* contenido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (39).

Este precepto se refiere al derecho a una actuación diligente como parte de esa buena administración en su primer apartado, y específica en el segundo algunas («en particular», señala el texto, sin agotar, pues, otras posibilidades) de las consecuencias derivadas de ese derecho a una buena administración: el derecho de acceso a la información contenida en el expediente, el derecho de audiencia y la obligación de motivación de las decisiones adoptadas (ya contenido en el art. 253 del Tratado) (40). De acuerdo con la información de que se dispone en el momento de redactar estas líneas, es probable que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea quede incorporada a la futura Constitución europea, con lo que, de hecho,

(36) M. SHAPIRO, *Equality...*, op. cit., pág. 379. Destaca también la evolución apuntada en el texto M. CHITI, *Derecho administrativo...*, op. cit., págs. 187 y ss., especialmente págs. 202 y ss.

(37) Sobre la preocupación comunitaria por la calidad de sus normas, véase M. J. MONTORO CHINER, *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Barcelona, 2001, págs. 68 a 78.

(38) H. P. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

(39) Sobre el valor jurídico de este documento, véase, por ejemplo, MARSAL I FERRET, *Objectius i gènesi de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea: elements moduladors de la seva eficàcia jurídica*, «Autonomies», 27, diciembre de 2001, págs. 27 y ss.

(40) Véase una de las primeras aplicaciones de este artículo en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de enero de 2002, en la que se señala que el derecho a la buena administración «forma parte de los principios generales del Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros». Un análisis de la buena administración en diversos ordenamientos nacionales europeos puede hallarse en J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 134 a 148.

se produciría una *constitucionalización* del derecho a una buena administración (41).

Un posterior desarrollo de este artículo 41, generado a instancias de la labor del Defensor del Pueblo europeo, se encuentra en el *Código de Buena Conducta Administrativa*, dirigido a las instituciones y órganos de la Unión Europea, aprobado por Resolución del Parlamento Europeo adoptada el 6 de septiembre de 2001. Este código consta de 27 artículos y la Resolución que lo aprueba invita a la Comisión Europea a presentar una propuesta de reglamento que lo incluya (42). Este Código parece ser un paso en la dirección de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo, que pudiera incluir aspectos relevantes también para el ejercicio de la potestad reguladora (43).

IV. EL DESARROLLO DE LA DISCRECIONALIDAD REGLAMENTARIA EN ESPAÑA

A) *Distintas clases de reglamentos y diversas matizaciones en la clase de discrecionalidad a ejercer*

Un análisis del modo de ejercer la discrecionalidad reglamentaria en España debería, en nuestra opinión, empezar por intentar diferenciar los distintos tipos de normas y, en función de esos tipos, las matizaciones referidas a la naturaleza, alcance e intensidad de la discrecionalidad normativa. Es decir, creemos que debiera procederse a establecer una «escala de la discrecionalidad» —a imagen y semejanza de la «escala de la demanialidad» a que hizo referencia DUGUIT— distinguiendo, en lo que sea útil, los grados y matices de ésta. Como paso previo, sin duda, ha de advertirse el distinto matiz entre la discrecionalidad normativa y la discrecionalidad plasmada en actos administrativos. En este sentido, BELTRÁN DE FELIPE ha llamado la atención sobre esta diferencia, notando que, en su opinión, la discrecionalidad reglamentaria se distingue frente a la discrecionalidad ejercida en la elaboración de actos administrativos tanto en la titula-

(41) En esta dirección se sitúa el Anteproyecto de Tratado Constitucional elaborado por el *Praesidium*, presentado en octubre de 2002.

(42) Puede consultarse este interesante documento en la siguiente dirección de Internet: www.europarl.eu.int/ombudsman. Un análisis del mismo puede hallarse en J. PONCE SOLÉ, *Good Administration...*, op. cit., págs. 1529 a 1539.

(43) Una interesante exposición de la oportunidad o no de codificar el procedimiento administrativo europeo, con exposición de diferentes opciones basadas en distintas tradiciones europeas, puede hallarse en C. HARLOW, *Codification of E.C. Administrative Procedures? Fitting the foot to the shoe or the shoe to the foot*, «European Law Journal», vol. 2, núm. 1, marzo de 1996, págs. 3 y ss., donde la autora se muestra favorable a una codificación de principios de buena administración.

ridad de los órganos que tienen atribuida la potestad reglamentaria como en la amplitud de la misma, al ser menor la densidad normativa, incluso en el caso de los reglamentos ejecutivos (44).

Aunque los criterios manejados por este autor puedan ser discutibles (¿acaso el Gobierno no ejerce potestades administrativas de amplia discrecionalidad?, ¿siempre es menor la densidad normativa respecto a *todos* los reglamentos en comparación con la de *todos* los actos administrativos?), la idea de fondo puede ser útil. Pero creo que habría que dar un segundo paso y, a su vez, establecer matices entre discrecionalidades reglamentarias, pues no todos los reglamentos son iguales. En lo que sigue se intenta una primera aproximación al tema, con el mero objetivo de iniciar el debate, por lo que la clasificación ensayada es meramente indicativa, a efectos esencialmente pragmáticos.

1. *Según el sujeto que ejerce la potestad discrecional.*

Parece lógico suponer que la clase de discrecionalidad reglamentaria dependerá del sujeto que ostente la potestad, pues su condición puede influir en la naturaleza y alcance de la misma.

- a) *La potestad reglamentaria ejercida por los Gobiernos: su relación con el desarrollo de políticas públicas conectadas a la función de gobierno. La potestad normativa local: discrecionalidad y autonomía local.*

Así, en primer lugar, hay que hacer mención de la titularidad de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno estatal, de los Gobiernos autonómicos y de los Gobiernos locales.

En estos casos, la discrecionalidad reglamentaria no puede calificarse de simple «ocurrencia de los funcionarios» con un contenido puramente técnico (45). Bien al contrario, el ejercicio de la potestad reglamentaria por los Gobiernos en los distintos niveles de poder enlaza con la formulación y ejecución de *políticas públicas*, con un indudable sustrato metajurídico sustentado en la realización de opciones de carácter extrajurídico, aunque puedan existir, indudablemente, elementos técnicos también (46). En este sentido, puede sos-

(44) M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995, págs. 187 y ss., notando que su estudio renuncia a ocuparse de la discrecionalidad reglamentaria.

(45) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., pág. 173.

(46) A. MARTÍNEZ NIETO, *El control de los actos políticos y discrecionales en el nuevo proceso contencioso*, «Actualidad Administrativa», 47, 21 a 27 de diciembre de 1998, págs.

tenerse que el ejercicio de la potestad reglamentaria conecta con la dirección política que la Constitución atribuye a los Gobiernos (art. 97 CE). Lo que no quiere decir, quede claro, que esté sosteniendo la existencia de un acto político o de gobierno en la acepción clásica de esta noción en nuestro Derecho.

Así, en esta línea, por ejemplo, la Memoria de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña de 1992 ha señalado, en su página 13, que «se ha de subrayar la estrecha relación que hay en nuestro sistema institucional entre la función de gobierno y la potestad reglamentaria. El Gobierno de la *Generalitat* ostenta esta potestad reglamentaria como competencia propia y peculiar, en la medida que es un instrumento de la función de gobierno que le corresponde desplegar, con el carácter de innovación, impulso y creación que le caracteriza». Por su parte, el Tribunal Supremo ha notado, en su sentencia de 23 de enero de 1998 (Ar. 1261), que

«... la potestad reglamentaria del gobierno se encuentra íntimamente vinculada a la función político-constitucional de dirección política del Gobierno (art. 97 CE)...» (47).

Insistimos en que poner de relieve el componente político de los reglamentos gubernamentales no quiere decir que éstos no puedan ser controlables judicialmente. Ahora bien, es evidente que tanto el diseño normativo para su adopción como el control judicial posterior, si existe, deberán tomar en consideración la naturaleza de la discrecionalidad ejercida, debiendo *modularse las técnicas normativas y judiciales en función de la misma, a fin de lograr una orientación y un control de esa discrecionalidad efectivo y adecuado*.

En el caso específico de las normas aprobadas por los Gobiernos locales, es importante tener en cuenta la conexión entre el poder normativo y la autonomía local. De tal modo que el efectivo respeto de ésta ha de suponer la existencia de una discrecionalidad suficien-

1037 y ss., intenta una conexión entre el instrumental, propio de la Ciencia Política, conectado con la noción de política pública y la toma de decisiones administrativas. Así, en la página 1044 señala cómo tras definir los problemas y generar alternativas llega el momento de que se «adopte una alternativa entre las varias seleccionadas previa ponderación de su viabilidad técnica, económica, legal y *política*. Esta adopción requiere la cooperación de instrumentos jurídicos que ofrezcan un soporte de legalidad a las actuaciones concretas de la fase de implantación que viene seguidamente. Esta cobertura jurídica la proporcionarán las *disposiciones generales* de diverso rango» u otros instrumentos jurídicos. La cursiva es nuestra.

(47) Un razonamiento parecido, tomando como base el papel específico que le corresponde, puede extenderse a la discrecionalidad reglamentaria a ejercer por el Presidente del Gobierno (art. 2.2 LOFAGE, art. 23 LG, en conexión con el art. 98.1 CE).

te para que el Gobierno local pueda llevar a cabo, en la esfera de sus competencias, una política pública propia, identificando problemas, generando alternativas, eligiendo la que se considere más conveniente, aplicándola y evaluando sus resultados. Como ha señalado el TC en su sentencia 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 4:

«la autonomía municipal consiste, fundamentalmente, en la capacidad de decidir libremente entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política...».

Hemos insistido en otro momento sobre esta relación entre discrecionalidad normativa y autonomía local, a propósito de un tipo de normas locales específicas, los planes de urbanismo, por lo que hemos de remitirnos a lo allí expuesto con más detalle (48).

Queremos destacar ahora que esta concepción de la discrecionalidad normativa local en conexión con la autonomía constitucionalmente garantizada (art. 140 CE) no significa, de nuevo hay que insistir, que el control de la misma sea imposible o se encuentre mediatizado. Sencillamente, quiere decir que en las relaciones de las normas locales con el Poder Legislativo y con el Poder Judicial habrá de tenerse en cuenta el factor expuesto, como, por otro lado, diversos autores han venido poniendo de relieve (49). Las sentencias del Tribunal Constitucional 233/1999, de 16 de diciembre, sobre la Ley de Haciendas Locales y la reserva de ley en relación a las tasas y a los precios públicos locales, y 132/2000, de 8 de junio, sobre el alcance de la reserva de ley sancionadora respecto de las ordenanzas locales, han acogido la idea de la conexión entre autonomía local y discrecionalidad normativa local, ejercida además ésta por un órgano representativo como lo es el Pleno del Ayuntamiento, por lo que la relación Ley-ordenanza (o plan de urbanismo, por ejemplo) no es idéntica a la relación Ley-reglamento.

b) *El ejercicio de la potestad reglamentaria por los ministros.*

Son sobradamente conocidos el alcance y los límites de la potestad reglamentaria que corresponde a los ministros y órganos equivalentes autonómicos, por lo que no insistiremos en este punto. Desde el punto de vista de la discrecionalidad, quizá sería interesante tra-

(48) J. PONCE SOLÉ, *Discrecionalidad urbanística y autonomía local*, Madrid, 1996, págs. 80 y ss.

(49) Por todos, L. PAREJO ALFONSO, *La potestad normativa local*, Madrid, 1998.

zar una distinción entre los reglamentos ministeriales *ad intra*, referidos a cuestiones organizativas, en las que el ministro actúa como cabeza visible del Departamento y donde es comprensible la existencia de un amplio margen de valoración, de los reglamentos *ad extra*, en los casos en que una Ley los permita, donde la textura de la discrecionalidad del ministro, aun existiendo, no puede entenderse del mismo tenor que la de la ejercida por el Gobierno (50).

c) *Expertise y ejercicio de la potestad reglamentaria por las «Administraciones independientes».*

El debate sobre las llamadas Administraciones independientes en España se ha centrado hasta el momento, básicamente, en el encaje constitucional de estos entes (51). No es mi intención terciar en tal discusión. Creo, en la línea sugerida por diversas opiniones, que la idea de Administración «independiente», en cuanto modelo abstracto, no viola de por sí la configuración constitucional del Poder Ejecutivo, sino que supone una respuesta pragmática del ordenamiento a específicas necesidades (52).

Pero lo que me interesa ahora en concreto es la discrecionalidad normativa que algunas de estas entidades puedan desarrollar (53). Uno de los objetivos que subyacen en la creación de este tipo de estructuras es el logro de *neutralidad* frente a la política, legitimándose entonces estas entidades en razón de su *expertise* en relación con el sector de actividad sobre el que actúan. Como destaca CHEVALLIER, se trata de constituir instancias neutras y objetivas, desconectadas de los gobernantes y preparadas para arbitrar entre intereses sociales de toda naturaleza, comprendidos los públicos. Esta actividad exige una competencia técnica y un conocimiento profundo del sector a regular, con contactos íntimos con sus representantes (54).

Pues bien, las características intrínsecas de la actividad a desarrollar por estas estructuras implican el peligro de «captura» de las

(50) Artículo 12.2.a) LOFAGE. Véase, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, vol. I., op. cit., págs. 184 y 185, notando que las Órdenes Ministeriales con efectos sobre terceros no deberían ir más allá de ser pura ejecución de aspectos técnicos, sin crear Derecho con contenido político.

(51) Una exposición de las distintas posturas puede hallarse en E. DESDENTADO DAROCA, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Valencia, 1999.

(52) J. TORNOS MAS, *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Madrid, 1999, pág. 76.

(53) Por todos, S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público...*, op. cit., págs. 283 y ss.

(54) J. CHEVALLIER, *Regulation et polycentrisme dans l'administration française*, «Revue Administrative», 301, 1998, págs. 49 y 50.

mismas por los regulados, como ya se apuntó. Pero, además de este peligro latente, existe otro riesgo inherente al modo de entender su actividad, que condicionará el diseño normativo y el control judicial de la misma: la neutralidad perseguida con su creación puede ser de tipo político, *pero nunca podrá lograrse que estas entidades sean neutras, en el sentido de desarrollar siempre y en todo caso actividades carentes de márgenes valorativos metajurídicos que den lugar a la toma de decisiones meramente técnicas, en base a un puro conocimiento técnico*. Como descubrieron ya hace décadas en los Estados Unidos, según nos consta, este tipo de entes precisan, en ocasiones, ejercer discrecionalidad, es decir, ponderar intereses y seleccionar alternativas, en función de criterios extrajurídicos.

Este factor conviene no olvidarlo. En el caso del ejercicio de poderes normativos, el que ahora nos ocupa, la inevitable existencia de discrecionalidad ha de exigir el reforzamiento de los aspectos procedimentales y de motivación, pues la legitimación de su actividad no podrá anclarse únicamente en su estructura organizativa y su *expertise*, sino también en un ejercicio razonable y razonado de su poder normativo, durante el que los intereses sociales (no sólo de los regulados sino de otros, como consumidores, etc.) tengan la oportunidad de hacerse escuchar y de ser tomados en cuenta.

En este sentido, es significativa la *Memoria de 2001 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña*. En la misma, bajo el título «La Comisión Jurídica Asesora y las autoridades administrativas independientes», se realizan una serie de interesantes consideraciones sobre el papel del procedimiento administrativo —esencialmente basadas en la emisión de dictámenes por parte de órganos consultivos— en relación con el desarrollo de potestades normativas por estos entes. Partiendo de diversos ejemplos catalanes, de similares características a otros casos (55), esta Memoria concluye que el ejercicio de la potestad reglamentaria por «Administraciones independientes» debe someterse a la garantía que representa el procedimiento administrativo y, más concretamente, a la preceptiva exigencia del correspondiente dictamen proveniente del órgano consultivo catalán, de acuerdo con la legislación catalana. Constatada la existencia de normas provenientes de estas entidades, la Comisión Jurídica Asesora subraya cómo «resultaría paradójico que las disposiciones del Gobierno sean objeto de un superior control jurídico de legalidad a través del

(55) Concretamente se aluden como ejemplos catalanes los casos del Consejo del Audiovisual de Cataluña (Ley 2/2000, de 4 de mayo) y la Agencia Catalana de Protección de Datos (Ley 5/2002, de 19 de abril), pero también se hace referencia de pasada a entidades estatales como el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear o la Agencia de Protección de Datos.

preceptivo informe del Alto Órgano Consultivo y, por el contrario, no lo sean las que en un ámbito sectorial específico y con efectos *ad extra*, puedan aprobar estos entes de derecho público, cuando, en cualquier caso todas estas disposiciones se han de incorporar posteriormente sin distinción al ordenamiento jurídico y, en su caso, también pueden ser objeto de control judicial», sobre todo teniendo en cuenta que, en determinados casos, estas normas pueden llegar a afectar a «los derechos fundamentales de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen); los derechos de consumidores y usuarios; los derechos de sectores sociales especialmente vulnerables, como la infancia y la juventud, las condiciones de las concesiones administrativas del servicio público; el cumplimiento del derecho comunitario, la salvaguardia del pluralismo lingüístico, etc.».

2. *En razón de la relación entre la Ley y el reglamento: reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes.*

Otro factor de distinción de la discrecionalidad reglamentaria, en este caso respecto de su intensidad, es la naturaleza de su relación con la Ley. Como pone de relieve DE LA CRUZ FERRER, es evidente que en el caso de los reglamentos independientes la discrecionalidad será mayor, lo que también habría de exigir mayores garantías procedimentales a fin de asegurar una buena administración (56).

Curiosamente, no es esto lo que ocurre en nuestro Derecho positivo actual, sino más bien todo lo contrario, teniendo en cuenta, por ejemplo, que el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo independiente no es preceptivo en el caso de los reglamentos independientes, por lo que la orientación sobre aspectos de buena administración que puede ofrecer este tipo de órganos consultivos, con el consiguiente incremento de las posibilidades de lograr una mejor ordenación para el interés general, queda al albur de lo que decida el órgano titular de la potestad (57).

(56) DE LA CRUZ FERRER, *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, núm. 116 de esta REVISTA, 1988. Sobre la posibilidad de la existencia de reglamentos independientes y sus ámbitos, J. TORNOS MAS, *El principio de legalidad en la doctrina jurídica española*, «Diritto Pubblico», 1995, págs. 73 y ss.

(57) En este sentido, T. FONT I LLOVET, *Función consultiva y Estado autonómico*, núm. 138 de esta REVISTA, 1995, pág. 46, por ejemplo.

3. *Dependiendo del momento temporal de ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria.*

Otra distinción de la discrecionalidad reglamentaria puede referirse al momento temporal de ejercicio de la misma. O, dicho de otro modo, una cosa es la discrecionalidad en cuanto al ejercicio mismo de la potestad reglamentaria (ejercerla o no y, en caso de ejercerla, cuándo hacerlo) y otra cosa es la discrecionalidad desplegada una vez se ha decidido poner en marcha la potestad, es decir, la discrecionalidad referida al contenido de la norma en sí (58).

a) *La toma de la decisión sobre el ejercicio mismo de la potestad reglamentaria.*

Evidentemente, aquí la decisión a adoptar dependerá de si el reglamento a elaborar es independiente o ejecutivo y, en este último caso, de lo que diga la Ley.

a.1) *Discrecionalidad respecto al ejercicio de la discrecionalidad en cuanto a la elaboración de reglamentos independientes y ejecutivos en los que la Ley nada diga:* en estos casos, el titular de la potestad reglamentaria goza de discrecionalidad respecto a ejercerla o no. Evidentemente, esta discrecionalidad está sometida a los límites que se derivan de nuestro ordenamiento, pero parece muy difícil que un ciudadano o grupo de ciudadanos puedan alegar un «derecho» a que el titular de la potestad la ejercite. La única vía jurídica que parece abrirse en este caso es el ejercicio del derecho constitucional de petición (art. 29 CE), objeto de regulación específica ahora en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre. El artículo 11 de esta Ley señala que cuando la petición se estime fundada, la autoridad u órgano para conocer de ella vendrá obligado a atenderla y a adoptar las medidas que estime oportunas a fin de lograr su plena efectividad, «incluyendo, en su caso, el impulso de los procedimientos necesarios para adoptar una disposición de carácter general» (59). En general, sobre los aspectos de la nueva regulación del derecho de petición, puede consultarse el completísimo estudio —prácticamente un viaje

(58) Una distinción de todos estos aspectos puede hallarse en M. CALVO CHARRO, *Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa*, núm. 137 de esta Revista, 1995, págs. 239 y ss.

(59) Véase una aplicación del derecho de petición para el ejercicio de la potestad reglamentaria en la STS de 31 de enero de 1991 (Ar. 1670).

completo a través del Derecho administrativo, partiendo del art. 29 de la CE— de Francisco GONZÁLEZ NAVARRO y José Francisco ALENZA GARCÍA (60).

a.2) *Discrecionalidad respecto a cuándo ejercer la potestad reglamentaria*: en el caso de los reglamentos ejecutivos, en los casos en que la Ley prevea que el titular de la potestad reglamentaria la habrá de ejercer necesariamente pero sin determinar cuándo, entonces la discrecionalidad se reduce a este factor (*certus an, incertus quando*). Ahora bien, esta discrecionalidad estará sometida a los límites derivados de los elementos reglados y de los principios generales del Derecho, por lo que podría existir algún caso en que la inactividad normativa pudiera llegar a ser controlada judicialmente, si el factor temporal es relevante y compromete principios como, por ejemplo, el de proporcionalidad (61). Podrían aplicarse en este caso las ideas que la jurisprudencia ha desplegado en torno a la omisión reglamentaria referida al contenido, a las que enseguida haremos referencia.

a.3) *Ausencia de discrecionalidad respecto a la necesidad de ejercer la potestad reglamentaria y respecto al momento de hacerlo*: se trata de supuestos en que la Ley señala que un reglamento ejecutivo ha de elaborarse y, además, impone un plazo determinado. En estos casos, no existe discrecionalidad en manos del titular de la potestad reglamentaria respecto al ejercicio o no de la misma y respecto al momento de hacerlo. La puesta en marcha de la potestad está reglada por la Ley, por lo que habrá de cumplirse ésta (62). No nos movemos ya en el radio de acción del derecho de petición, sino en la exigencia del respeto de situaciones jurídicas amparadas por el ordenamiento vigente (63).

Téngase en cuenta ahora además el artículo 29 LJCA, que ha configurado el recurso contra la inactividad de la Administración, la

(60) F. GONZÁLEZ NAVARRO y J. F. ALENZA GARCÍA, *Derecho de Petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Madrid, 2002.

(61) En su vertiente de ponderación entre beneficios generados por la ausencia de respeto del plazo legal para el interés general y daños irrogados por esa actuación fuera de plazo a los derechos e intereses de los ciudadanos. Sobre el uso del principio de proporcionalidad en general, incluyendo esta vertiente, véase, por todos, el trabajo de M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad*, «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 4, 2002, págs. 163 y ss., con análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto. En cuanto a su uso por el Tribunal Supremo en el control de las decisiones administrativas (en razonamiento que pudiera hacerse extensible a la falta de las mismas, debiendo adoptarse), pueden consultarse diversos ejemplos en J. PONCE SOLÉ, *Discrecionalidad urbanística...*, op. cit., págs. 206 a 212.

(62) Por lo que no son comprensibles sentencias como la STS de 6 de noviembre de 1984 (Ar. 5758), que califica la puesta en marcha de la potestad reglamentaria en un caso en que la Ley era clara (se trataba del art. 100 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964) de acto político no controlable por los tribunales. Vid. las críticas a esta decisión de M. CALVO CHARRO, *Naturaleza jurídica...*, op. cit., págs. 243 y ss.

(63) Véase en este sentido la STS de 8 de mayo de 1985 (Ar. 2339).

cual podría llegar a ser de tipo reglamentaria y subsumible en este precepto, siempre que se considerara que la elaboración de un reglamento ejecutivo deriva de «una disposición general que no precise actos de aplicación», siendo «una prestación concreta» a favor de «una o varias personas» (64). Asimismo, el artículo 32 contempla el ejercicio de la pretensión de condena judicial al cumplimiento de las obligaciones «en los concretos términos en que estén establecidas», mientras que el artículo 71, letra c), prevé que la sentencia de condena podrá establecer el plazo para que se cumpla el fallo y se emita el acto —¿de contenido normativo? (65)— o *se practique la actuación jurídicamente obligatoria* (¿el dictado de un reglamento ejecutivo?), y el artículo 108 regula los poderes del juez en caso de incumplimiento de la Administración respecto a dictar el acto o realizar una determinada actividad (66).

b) *El contenido del reglamento una vez decidido el ejercicio de la potestad.*

Una vez decidido el ejercicio de la potestad reglamentaria y desplegada ésta, el siguiente momento discrecional se configura alrededor de tal ejercicio y del propio contenido de la regulación. En este supuesto, el principio de separación de funciones contenido implícitamente en nuestra Constitución fundamenta el actual artículo 71.2 LJCA, que viene a sustituir al anterior artículo 85 de la Ley de 1956 (que obligaba a la sustitución judicial del contenido de las ordenanzas fiscales que se anularan). En relación a este derogado artículo 85 ya expuse en su momento que se suscitaban, en mi opinión, graves problemas de constitucionalidad, siendo su existencia sólo explicable en función de un acarreo histórico de materiales jurídicos, provenientes del Texto Refundido de la Ley de lo Contencioso de 1952, que a su vez los adoptó de la legislación local, en un contexto más general de existencia de los Tribunales Provinciales (con una estructura peculiar, formada por magistrados y personal administrativo), bajo la vigencia de la Ley de Santamaría de Paredes de 1888 (67).

(64) En estos casos, la disposición general sería la Ley que se remite al reglamento señalando un plazo concreto para su elaboración.

(65) Naturalmente, la interpretación de este precepto dependerá del entendimiento de la naturaleza del reglamento en nuestro Derecho.

(66) No se nos escapa, sin embargo, que diversos autores han procedido a interpretar restrictivamente el artículo 29.1 LJCA. Por todos, J. TORNOS MAS, «La nueva acción frente a la inactividad administrativa del artículo 29 de la LJCA de 1998. Especial referencia a su ámbito objetivo», en M. J. MONTORO CHINER (Coord.), *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Rafael ENTRENA CUESTA*, Atelier, 2003, págs. 427 y ss.

(67) J. PONCE SOLÉ, *Discrecionalidad urbanística...*, op. cit., págs. 252 y ss.

El artículo 71.2 LJCA vigente, por lo que ahora nos interesa, impide a los órganos jurisdiccionales determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen. Algunos aspectos de este precepto merecen ser considerados. En primer lugar, el alcance del control judicial respecto al contenido existente de un reglamento que se declara inválido por la decisión judicial. En segundo lugar, aspecto éste no previsto en el precepto, el alcance del control judicial cuando el problema no es la existencia de una regulación inválida sino, precisamente, la inexistencia de una regulación que el recurrente entiende debiera existir.

En cuanto al primer supuesto, el previsto expresamente en el artículo 71.2 LJCA, este artículo prohíbe a los jueces que determinen ellos mismos la redacción de un reglamento cuyo contenido ha sido previamente invalidado. ¿Pero qué ocurre si es la propia Ley la que determina cuál deba ser necesariamente el contenido de la regulación sustitutiva de la anulada? Tal caso podría concurrir cuando el reglamento ejecutivo parcialmente anulado lo hubiera sido, justamente, en aquella parte en que debiera haberse repetido el texto de la Ley de remisión, no habiéndolo hecho por error o por vulneración del principio de jerarquía. En estos casos, siempre que no exista duda ni ámbito valorativo posible, el órgano judicial podría en la sentencia incluir una condena a redactar un determinado texto reglamentario (precisamente, el impuesto por la Ley) sin vulnerar el artículo 71.2 LJCA, pues no sería este órgano sino la Ley la que determinaría «la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución» de los anulados. En suma, se estaría ante un aspecto reglado del ejercicio de la potestad reglamentaria, el cual, al no existir discrecionalidad, podría ser recogido en la sentencia de condena.

En este sentido debería ser interpretado algún pronunciamiento judicial, como el contenido en la STS de 14 de diciembre de 1998 (Ar. 154 de 1999). Esta sentencia, con cita expresa del artículo 71.2 LJCA, encuentra la justificación de este precepto en el siguiente razonamiento:

«porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional. O dicho en otros términos, tal poder sólo alcanza hasta donde la ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria *no suele* alcanzar hasta la imposición de la

forma o contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación de dictarla» (68).

En cuanto, en segundo lugar, al supuesto antes avanzado y no contemplado en el artículo 71.2 LJCA (que la sentencia conozca de omisiones en el contenido del reglamento), la STS de 23 de enero de 1998 (Ar. 1261), referida a un Real Decreto sobre centros sanitarios y dictámenes para la práctica legal del aborto, señala que una sentencia de condena a que el titular de la potestad reglamentaria dicte un reglamento con un contenido determinado «excedería de las facultades jurisdiccionales», excepto en dos casos, en que puede producirse lo que la sentencia llama «una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional»:

- cuando «el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico», o
- cuando «siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la ley que el reglamento trata de desarrollar o ejecutar» (69).

En ambos casos, la sentencia podría acoger pretensiones ya no de nulidad del reglamento, sino de lucha contra la inactividad administrativa (vía art. 29 LJCA, suponiendo que se entienda de aplicación este artículo, caso de que la laguna reglamentaria exista desde la promulgación del reglamento) o de cobertura de un *vacío* en el reglamento, derivado de la previa anulación, que pudiera causar perjuicios a los demandantes (vía entonces arts. 26 y 31 LJCA, cubriéndose así la falta de referencia específica del art. 71.2 LJCA a los supuestos de ausencia de regulación necesaria).

(68) La cursiva es nuestra.

(69) Ninguna de ambas circunstancias es apreciada en el caso resuelto por la sentencia citada. Véase también la STS de 14 de diciembre de 1999 (Ar. 154), con idéntica doctrina, aunque la pretensión de los demandantes era ligeramente distinta (no la condena a incluir una regulación, sino la anulación del reglamento por una laguna derivada de la obligación contemplada en el art. 80.2 de la Ley del Medicamento). Esta sentencia tampoco considera que concurra ninguno de los dos supuestos mencionados.

4. *En función del contenido de la reglamentación: el caso de la regulación de riesgos en ejercicio de discrecionalidad técnica.*

Finalmente, cabe intentar establecer algunas matizaciones respecto de la discrecionalidad reglamentaria en función del tipo de regulación desarrollada. Así, por ejemplo, no es lo mismo un reglamento proveniente del Gobierno con fuertes contenidos de *política pública* que otro reglamento dirigido a regular un específico sector en función de parámetros esencialmente *técnicos*. El ámbito discrecional en el primero probablemente será más amplio y la naturaleza de la discrecionalidad ejercida, sin duda, distinta.

En el segundo de los casos (regulaciones fuertemente técnicas) habría que efectuar, a su vez, una segunda precisión. De un lado, en ocasiones el titular de la potestad reglamentaria acometerá la regulación de aspectos técnicos con base en la Ciencia, aspectos respecto a los que *no* existen problemas específicos de conocimiento científico, sino, simplemente, una necesaria definición de problemas, alternativas y soluciones, en los que el titular de la potestad reglamentaria utilizará, en lo preciso, esos conocimientos técnicos. Así, por ejemplo, en el caso del Decreto 116/1988, de 21 de junio, de la Diputación General de Aragón, se trató de regular la concentración límite de gases y salubridad en el trabajo en las actividades mineras. Es evidente que para obtener una buena administración que diera lugar a un reglamento de calidad era imprescindible, como señala la STS de 21 de enero de 1998 (Ar. 911), un estudio previo a su adopción basado en el «debido fundamento científico».

Pero, junto a este supuesto, existirán casos en los que el titular de la potestad reglamentaria deberá enfrentarse a la regulación de situaciones en las que el conocimiento científico será insuficiente por diversas razones (70). Es decir, el regulador se moverá en ámbitos de *incertidumbre científica*, en los que será preciso evaluar *riesgos* y gestionarlos, usando una *discrecionalidad de tipo técnica*. En estos casos, el contenido del reglamento deberá ser el producto de un «salto» más allá de la técnica, enfrentándose el regulador a la realización de

(70) Así, por ejemplo, por ausencia de investigaciones científicas relativas a la cuestión que se pretende regular; porque, existiendo tales investigaciones, no haya, sin embargo, la posibilidad de realizar experimentos absolutamente concluyentes; porque, existiendo investigaciones y experimentos concluyentes, las interpretaciones científicas sobre la información disponible sean discrepantes... Sobre todas estas cuestiones puede consultarse T. O. MCGARITY, *Substantive and Procedural Discretion in Administrative Resolution of Science Policy Questions: Regulatory Carcinogens in EPA and OSHA*, «Georgetown Law Journal», 67, 1979, págs. 729 y ss.

suposiciones, que deberán efectuarse sobre la marcha, desarrollándose una actividad de *prognosis*, necesaria ante la incapacidad de la Ciencia, en ese preciso momento, de ofrecer respuestas absolutamente concluyentes. Piénsese, por ejemplo, en la regulación de las emisiones procedentes de antenas de telefonía móvil (71). En este contexto habrá que tener en cuenta la orientación que puedan ofrecer principios como el de *precaución* (72).

Para que ese «salto» discrecional no sea en el vacío, para que también en los casos de incertidumbre científica la buena administración siga existiendo, el *procedimiento reglamentario*, con una intensidad distinta a la existente en otros casos, ofrece el instrumento jurídico para obtener regulaciones de calidad, que efectúen una correcta evaluación y gestión de riesgos y que permitan a los ciudadanos conocer los datos esenciales y exponer sus puntos de vista para que sean tomados en cuenta, lo que puede ser útil en contextos donde la tensión social acostumbra a ser alta, produciéndose no infrecuentemente fenómenos de lo que se conoce como *NIMBY* (73), es decir, el rechazo de ciertos ciudadanos a aceptar la instalación de infraestructuras en su hábitat —porque se entiende que son peligrosas (plantas de incineración de residuos, etc.) o, simplemente, porque no se quieren cerca (por ejemplo, viviendas sociales)—, aunque puedan llegar a entender la necesidad de las mismas para el interés general. De todas estas cuestiones nos hemos ocupado ya en otro momento, por lo que no nos extenderemos ahora sobre las mismas (74).

(71) Téngase en cuenta en relación con este supuesto la Recomendación del Consejo de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos (0 Hz a 300 GHz). En el ámbito de nuestro Derecho, véase el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, así como la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero. En el ámbito autonómico puede consultarse el Decreto catalán 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación. En el ámbito local, ténganse en cuenta las ordenanzas aprobadas por los municipios españoles regulando esta cuestión.

(72) Véase la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, de 2 de febrero de 2000. Sobre el principio de precaución puede consultarse F. EWALD, C. COLLIER y N. DE SABELLEER, *Le principe de précaution*, PUF, 2001.

(73) Acrónimo en inglés de la expresión *Not In My Back Yard*, que podríamos traducir aproximadamente como «no en el patio de mi casa».

(74) J. PONCE SOLÉ, *Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental*, «RDyMA», núm. 183, 2001, especialmente págs. 150 a 161.

B) *Los límites intrínsecos del control judicial de la discrecionalidad reglamentaria. La necesidad de profundizar en vías alternativas para garantizar la buena administración en el ejercicio de la potestad*

El intento de distinción ensayado sobre los distintos tipos de discrecionalidad reglamentaria podría ser útil para intentar perfeccionar tanto las técnicas de diseño normativo de aspectos organizativos y procedimentales como los instrumentos de control judicial del correcto uso de la potestad reglamentaria.

Una puntualización parece necesaria hacer en este momento respecto al segundo aspecto aludido. El entendimiento de los distintos matices de las discrecionalidades reglamentarias en ningún caso, en mi opinión, puede ser utilizado para menoscabar o limitar injustificadamente el necesario control judicial de las mismas. Es decir, cuando decimos que ciertos tipos de reglamentos tienen una mayor coloración de política pública, no estamos afirmando (no cabría con nuestro actual ordenamiento vigente), ya lo apuntamos, que se trate de actos políticos no controlables judicialmente (75). Del mismo modo, cuando mencionamos la existencia de discrecionalidad reglamentaria técnica en contextos de incertidumbre científica, no estamos pretendiendo excluir del control judicial ese tipo de reglamentos. Esto debe quedar muy claro, antes de seguir adelante.

Así, estamos de acuerdo con diversos pronunciamientos judicia-

(75) Véase la anteriormente criticada STS de 6 de noviembre de 1984 (Ar. 5758). Por otro lado, debe tenerse en cuenta ahora el artículo 2, letra a), LJCA. Artículo que no hay que interpretar, en mi opinión, en el sentido de que todas las decisiones que provengan de los Gobiernos sólo sean controlables en los aspectos mencionados, sino en la línea de que todas las decisiones gubernamentales discrecionales son controlables utilizando todas las técnicas bien desarrolladas en nuestro Derecho, mientras que algunas decisiones (¿cuáles?) sólo serían controlables a través de la protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones procedentes. ¿Qué ocurre con los principios generales del Derecho? ¿Han de entenderse no utilizables para el control de estas decisiones de los Gobiernos ante el silencio legal? ¿Es de aplicación en este caso el brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit tacuit*? No creemos que tal consecuencia sea de recibo, utilizando una interpretación sistemática y teleológica del artículo 2 LJCA. Por un lado, el principio de igualdad siempre será reconducible al artículo 14 CE, entendiéndola como un derecho fundamental. Mayores problemas presenta el uso de otros, como el de interdicción de la arbitrariedad o el de proporcionalidad, principios que, aunque contenidos en la Constitución, según reiterada jurisprudencia del TC y del TS, no pueden entenderse derechos fundamentales. Creemos que un modo de reintroducir el uso de ambos, y de otros, pudiera ser su conexión con los elementos reglados de la decisión (éstos sí controlables, según la literal dicción de la LJCA). De tal manera que el de interdicción de la arbitrariedad pudiera ligarse al control de la motivación y el de proporcionalidad al de la causa y fin de la misma. Esta interpretación permitiría su uso como parámetros de control de estos actos políticos o de gobierno. Téngase en cuenta la STS de 3 de diciembre de 1998 (Ar. 10027), que, sin mayores argumentaciones, acepta el uso de los principios generales del Derecho como parámetros de control pese a la dicción literal de la LJCA.

les que, aunque reconocen la existencia de elementos políticos o técnicos en la discrecionalidad ejercida por el titular de la potestad reglamentaria, *afirman su deber constitucional de controlarla*. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 19 de junio de 2001 (Ar. 8903) o de la STS de 9 de junio de 2001 (Ar. 6074). En la primera se conocía de la impugnación de un reglamento dictado por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Frente a la alegación de que la discrecionalidad reglamentaria conectaba con la *función de dirección política* desempeñada por un órgano legitimado democráticamente, por lo que el control judicial efectuado por la sala de instancia habría incurrido en un exceso o abuso de jurisdicción, el TS señala que:

«Es cierto que la función de dirección política y administrativa, así como la potestad reglamentaria, que corresponde a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, llevan aparejado un amplio espacio de actuación discrecional que debe ser respetado, y no puede ser sustituido por los órganos jurisdiccionales. Pero no lo es menos que esa discrecionalidad tiene sus límites (...). Y el control de si fueron o no respetados esos límites que son obligados incumbe constitucionalmente a los Tribunales, en virtud de lo que establece el artículo 106.1 CE, y forma parte de la potestad jurisdiccional que a ellos asigna el artículo 117.3 del mismo texto constitucional» (76).

En la segunda sentencia se conocía de la impugnación del Real Decreto 1663/1998, de 24 de julio, por el que se excluyó de la financiación pública el medicamento «Immunoferon», debido a su utilidad terapéutica baja. Frente a la impugnación de tal decisión, el TS señala que existe en el fondo «una controversia científica» (es decir, un supuesto de incertidumbre científica) (77) sobre la que no puede terciar, pero, desde un punto de vista jurídico, el TS no rechaza el control del reglamento, sino que realiza un control del fundamento

(76) En virtud de este razonamiento, el TS no acepta los motivos de casación alegados, pues entiende que la sala de instancia efectuó un control en base al artículo 14 CE, por lo que no se produjo una indebida invasión de ámbitos funcionales.

(77) En un informe de la Real Academia Nacional de Medicina contenido en el expediente se señala literalmente que «pensamos que se trata de un medicamento que, si bien tiene a su favor el no producir efectos secundarios y la existencia de resultados favorables en diversos ensayos, no ha superado después de 20 años las dudas sobre su eficacia terapéutica. Sólo la publicación de los resultados favorables aportados en revistas de gran difusión podría en este tiempo haber abierto la saludable controversia y permitido llegar a conclusiones».

de la decisión discrecional, ratificando su legalidad al estar fundada, según el análisis efectuado de la documentación (Memoria, informes, pruebas practicadas) obrante en el expediente.

Por tanto, control siempre, pero con conciencia del tipo de discrecionalidad ejercida y de los límites intrínsecos a la función judicial. Sobre éstos permítasenos decir algo en las siguientes breves líneas.

1. *El núcleo de la discrecionalidad ajeno a la función judicial de control de legalidad y de tutela de derechos e intereses legítimos*

En el interesante debate suscitado en España durante los años noventa del pasado siglo sobre la discrecionalidad administrativa, las posturas (aparentemente) enfrentadas coincidían, sin embargo, en dos puntos: los límites del control judicial respecto a las cuestiones metajurídicas decididas por la Administración y el Gobierno y la existencia de un ámbito de libertad respecto al ejercicio de la discrecionalidad en relación a las mismas, puesto que, se afirma, éstas son indiferentes para el Derecho (78).

Si bien coincidimos con la práctica totalidad de la doctrina (79) y jurisprudencia respecto al primer punto, disentimos del consenso existente respecto al segundo. Como de la cuestión de la (falsa) indiferencia del Derecho respecto al núcleo de la discrecionalidad nos

(78) Los principales participantes en tal debate fueron Tomás Ramón FERNÁNDEZ, mediante sus trabajos *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991; *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*, «REDA», núm. 76, octubre-diciembre 1992, págs. 511 y ss.; *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, «REDA», núm. 80, octubre-diciembre 1993, págs. 577 y ss., y *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, «REDA», núm. 83, julio-septiembre 1994, págs. 381 y ss. —trabajos recogidos con posterioridad en *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994—; Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, 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*, Madrid, 1995, págs. 145 y ss.; Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995, y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Madrid, 1995, y *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, «REDA», núm. 89, enero-marzo 1996, págs. 69 y ss. Vid. también los más recientes trabajos de M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997, y E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona, 1997.

(79) Con algunas excepciones. Véanse, por ejemplo, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983, págs. 615 y ss., y C. CHINCHILLA, *La desviación de poder*, Madrid, 2.^a ed., 1999, págs. 219 y ss. (aunque, un tanto contradictoriamente, véase lo que se sostiene en la pág. 20).

ocuparemos en el apartado siguiente, queremos ahora simplemente recordar algunos aspectos esenciales de los límites intrínsecos de la función judicial.

Estos límites, como decimos, han sido puestos de relieve tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Respecto a la doctrina, baste aquí señalar lo ya sostenido hace más de treinta años por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en un capital trabajo (80). En su opinión, existiendo discrecionalidad, «queda de ésta un último residuo en el que manifiesta como una apreciación de valores singulares (...). Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales...». En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia respecto al control de la discrecionalidad, sirviendo como ejemplos de la reglamentaria algunas de las sentencias antes comentadas.

Este límite aparece como lógico y necesario, en función del principio constitucional de separación de funciones, cuya razón de ser hay que buscarla tanto en una voluntad de limitar el ejercicio de los distintos poderes (límite negativo, clásico elemento del Estado de Derecho) como en la intención de lograr el mejor ejercicio de los mismos, atribuyéndolos a aparatos que cuentan con estructuras organizativas y procedimentales (por ejemplo, el procedimiento administrativo) diseñadas para el mejor desempeño de tareas no equivalentes (81).

2. ¿Es lo no controlable directamente por el juez indiferente para el Derecho?

Ahora bien, una cosa es afirmar la existencia de límites constitucionales a la función judicial (arts. 24.1 y 106.1 CE) y otra cosa es afirmar que allí donde el control judicial no puede sustituir la valoración administrativa el Derecho no tenga nada que decir. Una cosa no lleva a la otra y efectuar un salto en el razonamiento de tal calado

(80) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, en la edición de 1983, págs. 48 y 49.

(81) En este sentido, K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983, págs. 49 y ss.; B. NEUBORNE, *El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad norteamericana*, Madrid, 1995, págs. 37 y 38, o W. BROHM, *Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa como mecanismos de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho*, «DA», 234, 1993, pág. 130. Téngase en cuenta también, entre otras, la STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5: «entendemos que el recto funcionamiento de una sociedad democrática implica que cada institución asuma el cumplimiento de la función que le es propia...».

conduce al Derecho administrativo a una situación en la que la confusión entre el todo (el entero Derecho administrativo) y la parte (el papel del control judicial) provoca una reducción injustificada (y peligrosa para el interés general y los intereses y derechos de los ciudadanos) del atractivo y utilidad de esta importante rama jurídica.

En este sentido, no estamos en absoluto de acuerdo con el consenso doctrinal respecto a la naturaleza de la discrecionalidad, que lleva a definir el núcleo de ésta como un ámbito de libertad, en el que al Derecho le es indiferente qué alternativa se elija. Por todas, y recogiendo a su vez una creencia doctrinal de fuerte arraigo, queremos citar dos: la STS de 30 de abril de 1990 (Ar. 3627), en referencia a una determinación discrecional de un plan de urbanismo, y la STS de 13 de noviembre de 2000 (Ar. 165 de 2001). La primera señala que

«es desde luego ése un problema respecto de cuya solución caben opiniones distintas: se trata del núcleo de oportunidad que integra la esencia misma de la discrecionalidad, caracterizada por la posibilidad de elegir entre *soluciones jurídicamente indiferentes*».

Por su parte, la segunda decisión subraya lo siguiente:

«Una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta...».

3. *Imposibilidad constitucional de indiferencia jurídica respecto del núcleo metajurídico de los reglamentos: buena administración, procedimiento y control judicial.*

Rechazamos tal entendimiento, insistimos que generalizado, de la naturaleza de la discrecionalidad en general y de la reglamentaria en particular (82). Que la Administración y el Gobierno puedan (deban, como veremos) elegir la solución mejor para el interés general

(82) Una excepción en el panorama doctrinal español en T. R. FERNÁNDEZ, *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, «REDA», 80, 1993, pág. 548. Aunque confróntese la definición de discrecionalidad que este mismo autor y GARCÍA DE ENTERRÍA incluyen en las sucesivas ediciones de su *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, alejada de lo expuesto en este trabajo.

no significa ni que gocen de una libertad absoluta en su tarea ni que el procedimiento para adoptar el resultado, y éste en sí, sean indiferentes para el Derecho, aunque judicialmente la alternativa elegida no pueda ser discutida en virtud de razonamientos metajurídicos.

Como señala BRAIBANT, con quien coincidimos, «incluso cuando las autoridades administrativas están autorizadas a hacer lo que quieran, no pueden hacer no importa qué» (83). La STS de 7 de octubre de 1999 (Ar. 8840) se pregunta, muy oportunamente, «si en un Estado de Derecho» puede admitirse *a priori* la existencia de algo «indiferente jurídicamente».

Mi respuesta es clara: no. Y esta respuesta negativa debe recuperar para el Derecho administrativo el reto de instrumentar técnicas jurídicas operativas que, respetando la separación funcional constitucional, aumenten las probabilidades de que la discrecionalidad se ejerza bien y que la decisión final, por lo que ahora interesa el reglamento, sea un producto de calidad en su mejor servicio a los intereses generales. Este reto apasionante del Derecho administrativo debería permitirle no sólo despejar las dudas que algunos (utilizando en ocasiones el aparato conceptual de otras ciencias) han querido hacer surgir sobre su utilidad para la gestión pública, sino también colocarle en un lugar señero en la modernización y mejora de la calidad del comportamiento público (84). Lugar que habrá de compartir con otras especialidades, abriéndose sin complejos, como dijimos, a sus aportaciones útiles. Ahora bien, esas otras especialidades, a su vez, deberán reconocer el valor del Derecho público e incorporar sus instrumentos y avances, lo que, por cierto, no siempre ocurre.

Pues bien, la ausencia de indiferencia jurídica respecto al modo de desarrollo de la discrecionalidad se articula jurídicamente, como tuvimos ocasión de exponer en su momento, en el *deber constitucional de buena administración*. Deber jurídico que encuentra en la institución del *procedimiento administrativo* una de sus más útiles articulaciones prácticas (85).

A los limitados efectos del presente estudio, los últimos apartados de esta investigación se centrarán en ofrecer algunos apuntes (necesariamente escuetos, por razones de espacio) sobre la específica relación entre el deber de buena administración derivado de los artículos 9.3, 31.2 y 103.1 CE y el procedimiento de elaboración de

(83) Conclusiones BRAIBANT, «CE», de 13 de diciembre de 1970; *Sieur Lambert*, «AJDA», 1971, pág. 53.

(84) Sobre las dudas aludidas en el texto puede consultarse J. CAILLOSSE, *Le droit administratif contre la performance publique?*, «AJDA», 20 de marzo de 1999, págs. 195 y ss.

(85) Debemos remitirnos aquí *in totum* a nuestro trabajo *Deber de buena administración...*, op. cit.

reglamentos, que entendemos se halla contemplado en los artículos 105.a) y 149.1.18 CE.

C) *Buena administración reglamentaria y diseño legal de procedimientos: las insuficiencias de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y las deficiencias de la Ley del Gobierno de 1997*

1. *Potestad reglamentaria y procedimiento administrativo común.*

CASSESE ha notado cómo la regulación normativa del procedimiento administrativo ha constituido «un punto de inflexión en la historia reciente de muchos sistemas político-administrativos (por ejemplo, el americano) y se presenta hoy como un requisito esencial de buena administración» (86). En el caso español, la trascendencia del diseño procedimental se explicita con total claridad en el artículo 105 CE, que ha de interpretarse sistemáticamente con el artículo 149.1.18 CE. Partiendo de las relaciones entre buena administración y procedimiento, aparece evidente la finalidad del «procedimiento administrativo común»: establecer un estándar compartido de garantías de los derechos e intereses de los ciudadanos y de buena administración, de conformidad, en este último caso, con los deberes derivados de los artículos 9.3, 31.2, 103.1 y 105 (87).

Teniendo presente esta interpretación teleológica, en otro lugar he puesto de relieve las insuficiencias de la actual Ley estatal que recoge el procedimiento administrativo común (88). En lo que ahora importa, es conocida la ausencia de regulación del procedimiento de elaboración de reglamentos en la Ley 30/1992 (89), así como que la

(86) S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimiento administrativo. Una análisis comparata*, «Il foro italiano», núm. 1, enero 1993 (la cursiva es nuestra). En idéntico sentido, vid. su trabajo titulado *Legislative regulation of adjudicative procedures an introduction*, «European Review of Public Law», número especial de 1993, dedicado al procedimiento administrativo, pág. 20.

(87) Véase la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, apartado IV. En contra de la postura expuesta, con razonamiento que no compartimos, Dictamen del Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya, núm. 161, de 22 de junio de 1989, FJ 3.

(88) Véase J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 549 y ss.

(89) Como es sabido, la desafortunada STC 15/1989, de 25 de enero, FJ 7.c), excluyó la competencia estatal sobre el procedimiento para la elaboración de reglamentos, en base a un deficiente manejo de las categorías (vinculadas a la LPA de 1958, preconstitucionales, por tanto, y ancladas en la estructura, ya no existente, de un Estado centralizado) de «procedimiento administrativo general» y «procedimiento administrativo especial», distintas y distantes de las que deben manejarse en la actualidad de conformidad con la CE y los Estatutos de Autonomía, esto es: «procedimiento administrativo común», «desarrollo» autonómico de éste y «procedimiento sectorial» (que no tiene nada que ver con el concepto de procedimiento especial, tal como se entendió bajo la vigencia de la LPA de 1958).

De todos modos, estas confusiones no son exclusivas del TC. Véase si no la deficiente regulación de la LRJPAC respecto de los procedimientos disciplinarios o tributarios en sus

Ley del Gobierno no tiene carácter básico, al no hacer mención alguna al desarrollo del título contenido en el artículo 149.1.18 CE (90). Se sigue careciendo, pues, de un estándar común de garantías de los privados y de buena administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria, que consideramos sería conveniente que existiera, estableciendo (con pleno respeto, claro está, de las competencias autonómicas y locales) un conjunto de orientaciones derivadas de los principios constitucionales de buena administración (91). Así, por ejemplo, el procedimiento común reglamentario podría incluir exigencias conectadas con los principios de eficiencia y economía (con previsión de análisis del impacto económico de la regulación, aspecto sobre el que luego volveremos), con el principio de racionalidad (exigiendo la exteriorización de las razones que fundamentan la regulación en el expediente y en el Preámbulo de la norma) o con el de objetividad (por ejemplo, exigencia de dictamen de órgano consultivo —incluyendo el caso de los reglamentos independientes—, u obligación de apertura de un trámite abierto participativo —información pública o similar— a menos que hayan buenas razones para no hacerlo en un caso concreto), etc. Debo remitirme aquí a las ideas que he tenido la ocasión de sugerir en otro momento.

2. *La Ley del Gobierno y sus aspectos mejorables.*

Además de las limitaciones respecto a su ámbito de aplicación, ya expuestas, quiero señalar que, en mi opinión, la regulación del procedimiento reglamentario estatal contenida en el artículo 24 de la Ley del Gobierno de 1997 es mejorable. Es un tanto decepcionante

disposiciones adicionales, criticada, con razón en mi opinión, por un sector doctrinal que llega a considerarla incluso inconstitucional. Sin embargo, el TS ha aceptado con naturalidad esta discutible regulación legal, basándose, por cierto, en una confusa distinción entre «procedimiento general» y «procedimiento especial», que, insistimos, está fuera de lugar hoy en día. Véase respecto del procedimiento tributario la desafortunada STS de 4 de diciembre de 1998 (Ar. 1024), que hemos tenido ocasión de criticar con diversos argumentos en J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 586 y ss.

(90) Además, esta Ley sólo se aplica al Gobierno estatal, por lo que surge una pregunta: ¿carece ahora de regulación el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de estructuras administrativas situadas en el nivel estatal que no son el Gobierno? Téngase en cuenta que los artículos 129 y ss. LPA de 1958 han sido derogados. En este sentido, piénsese, por ejemplo, en el caso del ejercicio de la potestad normativa por parte de Administraciones independientes, al que hicimos referencia más arriba.

(91) Una clara muestra de esa ausencia la encontramos en la STS de 21 de diciembre de 1999 (Ar. 1737 de 2000), la cual, en base a la inexistencia de un estándar común reglamentario, niega la posibilidad de acceso al recurso de casación por vulneración de las previsiones procedimentales contenidas en la normativa autonómica (en este caso, la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre), al no hallarse éstas conectadas, según la STS, con ninguna regulación estatal.

que, en esencia, esta moderna Ley haya optado por mantener los postulados básicos existentes en los artículos 129 y ss. LPA de 1958, que, como es sabido, tantos quebraderos de cabeza provocaron entre la doctrina y la jurisprudencia.

Este «conservadurismo» legal (92) puede ejemplificarse en tres aspectos (93). De un lado, la deficiente regulación de la cuestión de la *participación ciudadana*. Sobre todo teniendo en cuenta que, como han declarado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, el principio constitucional de participación contenido en el artículo 105 CE es «un principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos», que constituye «una garantía para el mayor acierto de las decisiones conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa (arts. 1,31.2 y 103 CE)» (94), pues la participación en el procedimiento administrativo «garantiza tanto la corrección del procedimiento cuanto los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos», siendo su finalidad «instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones para que sirvan de fuente de información de la Administración y puedan favorecer así el acierto y oportunidad de la medida que se vaya a adoptar...» (95), notándose cómo «la intervención de los ciudadanos contribuye a dotar de legitimidad» a las decisiones normativas (96) y permite superar las limitaciones del control judicial *a posteriori*, ya aludidas, al permitir modificaciones de la regulación propuesta en sede de elaboración, las cuales en sede judicial serían imposibles de lograr (97).

Como insistiremos más tarde, se ha optado en la LG por seguir regulando un trámite de audiencia preceptivo (con los problemas que va a seguir generando al titular de la potestad reglamentaria la identificación de los potenciales afectados, como ya ocurrió en el úl-

(92) Nada tiene de malo, desde luego, conservar lo que de bueno tenga nuestro ordenamiento jurídico. Pero parece obligado aprender de la experiencia y tratar de mejorar lo que ha demostrado problemas en su confrontación con la realidad, problemas que además, como se irá comentando, proceden de las bases profundas de la regulación, ancladas en modelos de Administración claramente superados por imperativos constitucionales.

(93) Desde luego, no son los únicos que merecen atención, pero preferimos ceñirnos, por razones de espacio, a los mismos. Si bien no se hace referencia a la *ausencia de exigencia de tabla de vigencias*, véase *infra* lo que se dice sobre este punto en el apartado E).1.

(94) STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 13.

(95) STC 119/1995, FJ 6.

(96) Así se subraya en diversas SSTS, cuyas referencias pueden hallarse en J. DELGADO BARRIO, *Participación ciudadana*, págs. 138 y 139. El TC, con acierto, ha notado que tal legitimidad sólo es relativa, teniendo en cuenta el componente democrático que pueda tener el órgano titular de la potestad reguladora (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6, en relación específica a un plan de urbanismo local).

(97) Por ejemplo, STS de 22 de julio de 1986 (Ar. 5060), en relación con los planes de urbanismo locales.

timo período de vigencia de la LPA de 1958). En contrapartida, el trámite de *información pública* parece *no* configurarse como regla general (por cuanto sólo deberá abrirse «cuando la índole de la disposición lo aconseje»), lo que puede provocar que continúe el ostracismo, por excepcional, de esta vía participativa, sofocada por la audiencia, entendida al modo tradicional, como trámite *puramente defensivo* de intereses. Sólo una decidida reacción judicial podría corregir una interpretación del artículo 24 LG que significara, en la práctica, una vulneración del *deber* de apertura de vías procedimentales de participación que se deriva del artículo 105 CE, con el consiguiente compromiso para la buena administración (98).

Pero, como veremos enseguida, tal correctivo judicial no parece atisbarse; más bien todo lo contrario, como comprobaremos.

Un segundo ejemplo de la regulación de la LG en que se ha desaprovechado la ocasión para innovar lo constituye el análisis económico de la futura regulación. El artículo 24.1, letra *a*), sólo exige una memoria económica que contenga la estimación del «coste» que producirá la futura norma. La exigencia legal se refiere sólo a los costes, no a los beneficios. Es decir, no parece que la pretensión de esta memoria sea ponderar las ventajas (beneficios) y las desventajas (costes) de toda índole (no sólo económicos) que pueda generar la futura regulación.

O, dicho en otras palabras, el enfoque del *Análisis Económico del Derecho* no parece haber calado aún en el legislador de 1997 (99).

(98) Como es sabido, el TC ha declarado que la participación procedimental no constituye un derecho fundamental, no encontrándose comprendida en el artículo 23.1 CE (por ejemplo, STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6, a propósito del trámite de información pública en los planes de urbanismo). Ahora bien, el TC también ha señalado que el derecho a participar en los procedimientos administrativos es un verdadero derecho subjetivo, cuya relevancia no puede ser desdeñable y que nace de la Ley, la cual determinará su eficacia jurídica y le dará la configuración que desee, *aunque con sumisión a límites* tales como los derivados de los artículos 9.3 y 14 CE (en la misma sentencia antes citada, FF.JJ. 4 y 6). Entre tales límites entiendo que el principio democrático derivado del valor pluralismo político (arts. 1.1, 1.2, 6 y 7 CE) y el deber establecido por el artículo 105.a) CE establecen una determinada «atmósfera» jurídica proclive a la participación, estableciendo un deber jurídico de articulación de vías a tal fin. Deber que afecta al legislador y que deberá condicionar la aplicación del concepto jurídico indeterminado contenido en la norma («cuando la índole de la disposición lo aconseje») por el Gobierno y la interpretación de la misma en caso de conflicto judicial. A través de esta interpretación sistemática, el artículo 24 LG debe entenderse, en mi opinión, como un precepto que requiere la apertura del trámite de información pública como regla general, puesto que la existencia de —mayor o menor, de una clase u otra— *discrecionalidad* reglamentaria ha de requerir la participación como orientación para la buena administración exigida por la Constitución. Sólo en aquellos casos en que se fundamente y se motive suficientemente el porqué cabrá excluir tal participación (nótese, además, que el actual art. 24 LG ha suprimido la anterior referencia de la LPA de 1958 a la apertura de la información pública «a juicio del Ministro»). Mas adelante volveremos sobre el particular.

(99) Véase un intento de aproximación desde este enfoque al Derecho administrativo (respecto concretamente de la responsabilidad patrimonial de la Administración) en

Como he expuesto en otro lugar, la técnica del *análisis coste-beneficio* debiera permitir un enriquecimiento del comportamiento administrativo, de la mano de las aportaciones modernas ofrecidas por la Economía, la Psicología y la Ciencia Política para el análisis de políticas públicas (100). Si bien esta técnica, pese a su aparente rigurosidad matemática, se basa parcialmente en asunciones valorativas y no deja de presentar sus problemas (101), lo cierto es que, sin sobrevalorarla (aunque tampoco sin olvidarla, como hace la LG) y entendiendo su aportación como ceñida a sólo «un lado de la catedral» del Derecho público (102), puede tener utilidad para incrementar las probabilidades de buena administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

El tercer y último ejemplo referido a la desilusionante regulación de la LG se refiere a la cuestión de la motivación de los reglamentos. En otro momento he puesto de relieve las conexiones entre la motivación de las decisiones administrativas, su elemento causal, el procedimiento de su elaboración y la buena administración. Estas conexiones se dan también, quizá con mayor intensidad aún, en el caso del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria. Por eso, una motivación del reglamento contenida en su Exposición de Motivos permitiría no sólo asegurar la buena administración, sino también la *transparencia* del Gobierno y la Administración, pues un gran número

E. DESDENTADO DAROCA, *Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho*, «REDA», 108, 2000, págs. 533 y ss. Sobre lo que meramente se apunta en el texto, véase J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 470 a 499, especialmente, a propósito del deber constitucional de comportamiento eficiente y económico de la Administración.

Debo agradecer en este punto los comentarios y sugerencias de Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, profesor de Derecho Penal en la Universidad Pompeu Fabra, quien asimismo tuvo la amabilidad de permitirme leer partes de su interesante tesis doctrinal.

(100) Puede consultarse al respecto C. BOIX, *Promesas y límites del policy analysis en Estados Unidos*, «DA», 224-225, octubre 1990-marzo 1991, págs. 167 y ss.

(101) Que ya hemos puesto de relieve en nuestro trabajo citado anteriormente y que ahora resumimos telegráficamente: insuficiencia de la información manejada, dificultad de cuantificar beneficios referidos a la evitación de riesgos para la salud o el medio ambiente (aunque se articulen soluciones discutibles, basadas en la disposición a pagar por estos bienes), posible ausencia de consideración de daños como el impacto emocional o la calidad de vida que afectan al ciudadano medio o desinterés por los aspectos distributivos (es decir, *quién* sufre el daño).

(102) En expresión de uno de los autores que han utilizado el enfoque proporcionado por el Análisis Económico del Derecho, Guido CALABRESI, en un trabajo elaborado conjuntamente con MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral*, «Harvard Law Review», vol. 85, 6, 1972, págs. 1089 y ss. En el caso del Derecho administrativo, la eficiencia (un lado de la «catedral» del Derecho público) debería conjugarse, por poner sólo algunos ejemplos, con la eficacia del comportamiento administrativo o con el deber administrativo de informar su comportamiento con los derechos sociales recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución (art. 53.3 CE: otros lados de la «catedral» a tener en cuenta en la toma de decisiones discrecionales por la Administración o el Gobierno). Con más detalle y exponiendo otras limitaciones a la eficiencia, J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 477 a 480.

ro de ciudadanos (mucho mayor que si sólo se elabora una memoria, que queda «oculta» en el expediente y que sólo es posible conocer, con suerte, en caso de patología, es decir, de impugnación judicial) podrían conocer las razones y criterios de la regulación, fomentándose tanto la calidad de la norma como su *aceptación social*. La LG ha desaprovechado al respecto una buena oportunidad (103).

3. *El papel de la normativa autonómica: el ejemplo de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre. La regulación local de desarrollo de la normativa estatal y autonómica.*

Si bien un *cierto* grado de homogeneidad procedimental en los Estados descentralizados puede ser positivo para la seguridad jurídica de los ciudadanos y para conseguir un *cierto* nivel compartido de buena administración, lo que redundaría en la buena marcha económica y social (104), debe tenerse presente que el *principio de autonomía* ha de implicar la posibilidad de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales de desarrollar también sus políticas públicas respecto de los aspectos procedimentales del ejercicio de sus competencias, de acuerdo con los artículos 2, 137, 140, 149.1.18, los distintos Estatutos de Autonomía y los artículos 146 ROF y 69 LBRL (105).

Es evidente que aunque consideremos al procedimiento reglamentario como un componente necesario del procedimiento administrativo común, ello no implica (no puede implicar) la ausencia de capacidad autonómica y local para desarrollar ese (hoy en día inexistente) núcleo estatal mínimo.

Tanto en el ámbito autonómico como en el local, el diseño normativo procedimental podría aportar innovaciones relevantes en la garantía de la calidad reglamentaria. Así, por poner ahora sólo un ejemplo, el artículo 63.2 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, ha establecido la necesidad de que durante el ejercicio de la potestad reglamentaria la discrecionalidad venga orientada por un necesario *análisis en términos de coste-beneficio* (106). Una reciente

(103) Téngase en cuenta el dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1996, expediente 4078/96. En la doctrina, D. BLANQUER CRIADO, *El control de los reglamentos arbitrarios*, Madrid, 1998, págs. 269 y ss., insiste en la importancia de la motivación de los reglamentos, si bien desde la perspectiva esencial de la defensa, que, entiendo, hay que completar con la expuesta en el texto sobre la calidad.

(104) S. CASSESE, *Legislative Regulation of Adjudicative Procedures an Introduction*, «ERPL», número especial de 1993, pág. 20. Véase la STC 83/1983, de 26 de junio, sobre el papel del procedimiento administrativo común como estándar uniforme.

(105) Ténganse en cuenta las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 32, y 50/1999, de 6 de abril, FJ 3.

(106) Sobre este análisis en la Ley catalana puede consultarse M. J. MONTORO CHINER,

modificación de este precepto efectuada por la Ley 4/2001, de 9 de abril, ha supuesto la exigencia añadida de «un informe interdepartamental de *impacto de género* de las medidas establecidas en la disposición» (107). En el ámbito local, diversas experiencias en varios municipios han contribuido a enriquecer las modalidades participativas existentes, más allá de la clásica información pública (108).

Si bien no se trata de acumular trámites sin ton ni son, lo que puede ir en detrimento de la buena administración perseguida (109), lo cierto es que las competencias autonómicas y locales sobre los aspectos procedimentales del ejercicio de la potestad reglamentaria, de ordenanza o de planificación pueden contribuir a modernizar el utillaje técnico existente, desarrollando, por ejemplo, las previsiones del artículo 86.4 LRJPAC (110).

D) *Buena administración reglamentaria y control judicial del modo de ejercicio de la potestad: el análisis de los vicios procedimentales*

1. *Introducción: delimitación del alcance de este análisis. La situación actual en España. Algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia dominante.*

Sin embargo, ni el más cuidado diseño normativo podrá contribuir a la buena administración y a la calidad reglamentaria si no se cumple por el titular de la potestad y si su incumplimiento no acarrea ninguna consecuencia que pueda disuadirle en el futuro de comportamientos semejantes. A pesar de sus defectos y limitaciones,

«Abast de la tècnica normativa en la llei 13/1989», en AA.VV., *Tècnica normativa*, Generalitat de Catalunya. Este análisis, por cierto, acostumbra a no ser, por decirlo de manera elegante, todo lo correcto que debiera, a tenor de las reiteradas observaciones de la Comisión Jurídica de Catalunya en sus dictámenes. Véase un resumen del estado de la situación en la Memoria de 1998 de este órgano, pág. 15, especialmente, donde, también con un lenguaje muy mesurado, a la vista de la realidad existente, se destaca que «en muchos expedientes dictaminados (...) ha sido necesario observar la escasa substantividad de los mencionados estudios».

(107) Por cierto, véase en la misma línea en el ámbito estatal la Ley 30/2003, de 13 de octubre, que modifica los artículos 22.2 y 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

(108) Puede consultarse J. FONT y L. MEDINA, «Consejos ciudadanos en España: ¿un despilfarro europeo», en J. FONT (coord.), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Barcelona, 2001, págs. 153 y ss.

(109) Véanse *infra* las referencias a la simplificación.

(110) Este precepto señala que «conforme a lo dispuesto en las Leyes, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las *disposiciones* y actos administrativos».

la LPA de 1958 hubiera podido ser mucho más efectiva si la jurisprudencia dominante hubiera sido más firme en el control de los vicios procedimentales (111). Esta «timidez» judicial en la garantía de la buena administración ha sido tradicional en España y amenaza con perpetuarse, pese a los recientes cambios normativos. Algunos ejemplos ayudarán a corroborar lo aquí sostenido. Aunque el abanico analizado de aspectos controlados pudiera ampliarse, prefiero ceñir mi análisis a tres elementos: la participación ciudadana, la fundamentación de la norma y, más concretamente, el análisis económico de la futura regulación.

Así, por lo que se refiere a la *participación*, la jurisprudencia recaída a propósito del artículo 130.4 LPA 1958 acabó por afirmar la preceptividad de la audiencia, limitando la carga administrativa a la llamada de ciertas entidades (112). Sin embargo, en mi opinión, se fue incapaz de ir más allá y de cuestionar los principios predemocráticos que informaban la Ley de 1958 —propios de un Estado de corte fascista con tintes corporativistas—, efectuando una interpretación más favorable a la participación ciudadana en el marco del nuevo Estado democrático.

La esperanza de un cambio jurisprudencial aprovechando el impulso de la aprobación de la LG en 1997 parece desvanecerse, a tenor de los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo interpretando su artículo 24 (113). Así, por ejemplo, la STS de 12 de febrero de 2002 (Ar. 2562) realiza una desafortunada interpretación del concepto jurídico indeterminado («cuando la índole de la disposición lo aconseje») que actúa de válvula participativa en el artículo 24 LG. Esta sentencia, que es de esperar sea rectificada con prontitud, entiende la apertura de informaciones públicas reglamentarias como un hecho excepcional, lo que justifica que su no apertura no deba siquiera motivarse (114). Ni una palabra puede hallarse, lamen-

(111) Aunque es evidente que respecto del control del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria no puede hablarse de una sola línea jurisprudencial, también lo es que la línea mayoritaria ha conducido a una relativización acusada del procedimiento. Véanse las referencias doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión en J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 717 y ss.

(112) Por todas, STS de 22 de enero de 1998, Ar. 916.

(113) M. J. ALONSO MAS, *La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial*, núm. 157 de esta REVISTA, 2002, págs. 241 y ss., ha puesto de relieve cómo, pese a la nueva LG, el TS sigue negando la trascendencia de vicios procedimentales, partiendo de un más que discutible entendimiento de la relación participación-defensa-legitimación procesal. Un hecho, por lo demás, no excepcional. Véase J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 333 y 334, negando la relación arraigada entre la posibilidad de participar y la legitimación para impugnar.

(114) Extendiendo la innecesariedad de la motivación a la elección del procedimiento para vehicular la audiencia, cosa que hace *de facto*, al negar que (¡pese a la dicción literal de la LG!) la falta de la misma provoque ninguna consecuencia jurídica, al no generar in-

tablemente, en la STS en relación a una interpretación sistemática del artículo 24 LG con los principios constitucionales de buena administración ni con el deber jurídico del artículo 105 CE, al que antes nos referimos (115).

En cuanto a la *fundamentación* de las normas, tampoco es infrecuente que el control judicial tolere razones poco sólidas que den soporte a la discrecionalidad ejercida. Así, por ejemplo, la STS de 9 de febrero de 1999 (Ar. 1552) acepta la intrascendencia de relevantes problemas procedimentales conectados a la memoria y al informe de la Secretaría General Técnica incluidos en el expediente, pues aunque «en ambos casos los documentos tienen un contenido que quizás no responde íntegramente a lo que debe esperarse de estos documentos administrativos, bien por su *carácter formal* como es el caso de la Memoria (*sic*), bien por haberse emitido de manera extraordinariamente sucinta como se hizo al emitir el Informe de la Secretaría General Técnica», todo ello no tiene mayor importancia, según la sentencia, claro, pues ambos documentos se encuentran incorporados al expe-

defensión (siempre la obsesión defensiva, ya denunciada), ni sea «indispensable», concepto jurídico que el TS literalmente se inventa, pues no está recogido ni en el artículo 62 LRJPAC ni en el artículo 63.1 de la misma Ley, que se refiere a la invalidez por vicio formal cuando éste impida a la decisión lograr su fin. Si la decisión de usar un procedimiento u otro se entiende que contiene una carga valorativa y se liga a una mayor transparencia y a una buena administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria, el resultado de la ausencia de motivación pudiera haber sido otro.

(115) El voto particular a la sentencia de la mayoría arregla algo las cosas, aunque no mucho. Efectivamente, esta opinión disidente considera que «es preciso explicar los motivos por los que un Reglamento no se somete a información pública sino sólo a la audiencia corporativa, lo que, en definitiva, vendrá determinado por la naturaleza de la disposición», con cita expresa de la STC 102/1995, de 26 de junio, a la que antes aludimos.

Hasta aquí, bien. Pero a continuación el voto particular concluye avalando la decisión mayoritaria por cuanto el significado del reglamento impugnado es «primordialmente técnico, lo que desaconseja un trámite de información pública, ya que ésta no constituiría una garantía de mayor acierto en su regulación». Argumento al que cabe contraponer dos objeciones. Primera y principal, que tal valoración le corresponde al sujeto encargado de instruir el Real Decreto; de ahí, precisamente, el valor de la motivación. En consecuencia, el razonamiento constituye una extralimitación de las facultades judiciales, ocupándose esferas propias del Poder Ejecutivo. Segunda, que no puede compartirse la idea de que el reglamento impugnado sea puramente «técnico» (¿?). Se trata del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Esta norma procede a organizar este Registro de acuerdo con el mandato del artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril. Es evidente que la técnica ocupa su lugar respecto a la organización de tal Registro. Pero es claro también que, junto a la técnica, el regulador hace uso de espacios valorativos para decidir la mejor organización, de acuerdo con criterios que pueden ser cuestionables desde puntos de vista no jurídicos. Así, la STS que comentamos menciona en diversas ocasiones (FF.JJ. octavo y noveno, por ejemplo) que diversas alegaciones del recurrente judicial se basan en «razones de oportunidad», ajenas a las de legalidad que constriñen la labor judicial. Si el Registro que se pretende organizar busca que «todos» conozcan para poder evitar el mantenimiento de cláusulas abusivas (FF.JJ. 6 y 14 de la STS, Exposición de Motivos de la Ley, Exposición de Motivos del propio Reglamento) y si existen espacios de oportunidad que permiten opciones que escapen del control jurídico, entonces, ¿cómo puede negarse la posibilidad de la participación y considerar que estamos ante una regulación sólo «técnica»?

diente, lo que impide afirmar que se haya omitido el trámite (¿?). En idéntica línea, véase la STS de 12 de mayo de 1999 (Ar. 3987).

Finalmente, respecto del análisis económico de la futura regulación, ya vimos cómo la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, exigía expresamente éste. Pues bien, pese al reiterado incumplimiento (bien por ausencia total, bien por elaboración defectuosa) del estudio coste-beneficio de los futuros reglamentos, como pone de relieve frecuentemente la Comisión Jurídica Asesora, tal y como vimos, es rara la anulación judicial de una regulación por esta causa. De hecho, de un análisis efectuado entre 1990 y 1996 por quien esto escribe sólo se logró identificar un caso en que la ausencia de eficiencia en el comportamiento administrativo generara una anulación, y aun en tal caso sólo se utilizó el vicio de modo complementario, no conduciendo por sí solo a la invalidez de la norma (116).

2. *Los paradigmas que condicionan a la jurisprudencia mayoritaria.*

¿Por qué esta indolencia judicial? Aunque las causas pueden ser múltiples y complejas, la investigación jurídica efectuada puede permitir aventurar al menos dos motivos.

a) *La tradición española: irrelevancia de los vicios «formales» como consecuencia de la falta de consideración de la importancia del procedimiento administrativo.*

Sobre este punto ya hemos insistido, por lo que no conviene detenerse más. El «fetichismo» en torno al papel de la ley, denunciado por CASSESE; la creencia arraigada en el modelo de legitimación basado en el rol administrativo de «correa de transmisión», y la tradicional atención centrada en la decisión administrativa final (esencialmente el acto individual) a efectos de su impugnación, pueden haber ayudado a la poca consciencia judicial en este punto.

(116) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de diciembre de 1993. Es evidente que los resultados de la búsqueda pueden ser cuestionables. En primer lugar, es complicado hallar las sentencias del TSJ de Cataluña, por lo que podrían haberse omitido algunas en que sí se controlara el análisis económico reglamentario. En segundo lugar, es posible pensar que las reiteradas llamadas de atención del órgano consultivo catalán animan al Gobierno a perfeccionar el análisis aún en fase de elaboración de la norma y que, por tanto, cuando es promulgada ésta no existe el vicio referido. Pero aun asumiendo ambas posibilidades (no seguras, pero sí posibles) parece que hallar sólo una sentencia en seis años puede ser, al menos, indicativo del no excesivo celo judicial en este punto.

- b) *El concepto inmanente de interés general, la confianza en la expertise administrativa y la desconfianza hacia los «espurios» intereses privados.*

En una noticia aparecida en un periódico, el titular rezaba «un despiste paraliza la “pata sur”», es decir, una infraestructura cercana a Barcelona (117). El «pequeño trámite administrativo» que el cuerpo de la noticia apuntaba como culpable del retraso era... ¡el no sometimiento a información pública de un estudio de impacto ambiental! Esta anécdota ilustra cómo el papel de la participación es entendido socialmente, en términos generales, en un país como España, que, como se apuntó, es heredero de una larga tradición autoritaria (118). Esta comprensión de la participación oscila, en general, entre dos extremos. O bien se considera que la misma es inútil por irrelevante, al no poder definir la decisión final (recuérdense los arts. 12.1 LRJPAC y 69.2 LBRL), con lo que entonces se cuestiona su pertinencia (119). O bien se ve como un peligro, como un cuerpo extraño susceptible de romper la legitimación democrática administrativa, que se entiende sólo ha de venir por vía legal (120). Incomodidad frente a la participación que se refuerza por la creencia que a través de la misma los intereses privados «egoístas» harán entrada en el rei-

(117) «El Periódico de Catalunya», día 30 de julio de 1997, pág. 20.

(118) Lo que no puede dejar de influir en la actitud de los jueces, integrantes de la misma cultura en la que se ha formado el periodista autor de la noticia. En relación con esta influencia de los condicionantes externos en el comportamiento judicial, véase A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000. En las palabras del gran jurista norteamericano Oliver Wendell HOLMES, «la vida del Derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia. Las necesidades sentidas en la época, las teorías morales y políticas prevalentes, las intuiciones de política pública, declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido mucha más influencia que el silogismo al determinar las normas mediante las cuales los hombres deberían ser gobernados». *The Common Law*, Little Brown, Boston, 1881, págs. 1 y ss.

(119) Pero, como hemos tenido ocasión de exponer en detalle, que la participación no decida el contenido del producto administrativo no significa en absoluto que sea irrelevante. La obligación jurídica de tomar en consideración las aportaciones ciudadanas —arts. 35, letra e), y 79.1 LRJPAC— existe. Y el mecanismo técnico para hacer real esa ponderación también: la obligación jurídica existente de contestar razonadamente esas alegaciones (art. 86.3 LRJPAC). Ahora bien, si el nivel de discusión en que nos movemos se refiere a la tolerancia judicial respecto de la *omisión* de apertura de trámites participativos, ¿qué no decir en cuanto al control del correcto cumplimiento de éstos *si* son abiertos? Puede consultarse al respecto J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 344 a 352.

(120) Véase al respecto L. MARTÍN-RETORTILLO, «La participación en la Administración Pública. Principios y límites», en AA.VV., *La participación*, Lleida, 1985, págs. 95 y ss., exponiendo las ideas de MERKL. Sin embargo, como hemos expuesto en otro lugar, las ideas de MERKL traen causa de su modelo de Administración Pública, que consiste en entender la actividad de ésta como una mera ejecución automática de la Ley, a imagen y semejanza de la actividad judicial. Nada de esto ocurre cuando la Ley abre espacios discrecionales al Gobierno y a la Administración.

no del interés general, definido y defendido por el Gobierno y la Administración, en virtud de sus medios personales y materiales.

En definitiva, se parte en este enfoque de la base de que el interés general puede hallarse siempre en la ley y trasciende los intereses de los ciudadanos, es decir, no es inmanente a los de éstos (121). Visión fruto de una tradición no democrática que choca con otra manera de entender el interés general, que lo considera como el resultado (no la suma) de ponderar los distintos intereses (públicos y privados) envueltos en la toma de una decisión (122). Este segundo concepto de interés general, por cierto, es el que debe prevalecer en la actualidad en España, de acuerdo con su definición constitucional como Estado democrático, que promueve el «bien de cuantos lo integran», en el que existe el pluralismo político como valor superior y en el que la soberanía reside en el pueblo (Preámbulo y art. 1 CE) (123).

Pues cuando existe discrecionalidad, la legitimidad democrática del Poder Ejecutivo «vía ley» se fragiliza y es preciso entonces reforzarla. En esa línea, la participación procedimental, y su toma en consideración diligente, insistimos, pueden ser de notable utilidad. Participación que, aunque no exactamente en idéntico sentido, puede servir, en el caso de los reglamentos gubernamentales, para intentar reproducir, al menos parcialmente, el juego mayoría-minorías, propio del procedimiento normativo legal.

3. *Elementos para la esperanza: ejemplos de decisiones judiciales que garantizan el desarrollo de la buena administración en el ámbito reglamentario, protegiendo el principio democrático y la transparencia.*

Sin embargo, la posición jurisprudencial mayoritaria criticada no es única y existen decisiones judiciales que están señalando el camino a emprender en una razonable revitalización del procedimiento reglamentario, conjugando con mayor acierto las tensiones contra-

(121) Al respecto, A. NIETO, «La Administración sirve con objetividad a los intereses generales», en S. MARTÍN-RETORTILLO (dir.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. III, Madrid, 1991, págs. 2189 y ss.

(122) L. COHEN-TANUGI, *Le Droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, París, 1985.

(123) Véase en este sentido la Exposición de Motivos de la LOFAGE, apartado segundo, negando que hoy en día la Administración sea dueña del interés general y abogando por la participación ciudadana que permita la definición adecuada del mismo. Lo que conduce a plantearse la posibilidad de específicas acciones positivas —por ejemplo, desplegando una actividad de fomento a tal efecto conectada con los trámites participativos, como ya se efectúa en otros ordenamientos— que evite lo que antes se dijo: que algunos intereses sean más iguales que otros respecto a su ponderación.

puestas entre el deber de buena administración, la defensa de los ciudadanos y principios tales como el de economía procesal o el de conservación.

Así, cabe destacar en cuanto a la *participación* la interesante STS de 24 de septiembre de 1999 (Ar. 7953), que, aunque referida a un plan de urbanismo, efectúa una conexión modélica entre el papel de la participación, la buena administración y la verdadera trascendencia de los vicios procedimentales conectados a la información pública.

Fundamental nos parece en este punto la reciente STS de 25 de febrero de 2003 (Ar. 3632), ponente Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero, que no sólo enfatiza la necesidad de que existan los trámites participativos establecidos legalmente, sino que, novedosamente (aunque con sólido fundamento en preceptos tales como el art. 86.3 LRJPAC), exige que las aportaciones efectuadas por los participantes *se contesten y se tengan en cuenta* (siendo precisamente su respuesta lo que permite constatar tal ponderación) antes de decidir. Aunque recaída en relación a la elaboración de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los previstos en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, la *ratio decidendi* de la misma es perfecta y totalmente trasladable al ámbito de la potestad reglamentaria. Esta STS anula el Plan por vicios procedimentales referidos a la falta de consideración de la participación en su elaboración, señalando lo siguiente:

«... se requiere que se produzca “diálogo”, “participación” y “respeto”. Pero nada de esto hay cuando la Administración no realiza acto alguno (...) que demuestre que lo alegado ha sido tomado en consideración de alguna manera en la decisión final.

(...) es necesario que las alegaciones y sugerencias sean objeto de consideración y reflexión debidas. No puede entenderse cumplido un trámite por la mera puesta en conocimiento del destinatario si, luego, se orillan y desconocen las consideraciones...

(...) la doctrina es unánime en punto a exigir una plena aceptación de las normas por parte de la comunidad que las ha de cumplir y respetar si no se quiere su desconocimiento social. Ello exige que las normas superen diversos test, el primero de ellos el del procedimiento de su elaboración. Es patente, por todo lo razonado, que la Norma impugnada (...), no ha superado dicho test, por lo que debe ser anulada».

En cuanto a la *fundamentación*, son destacables las SSTs de 2 de junio de 1997 (Ar. 4921), que anula un Real Decreto por ausencia de informes que «hubiesen debido orientar» el ejercicio de la discrecionalidad; de 10 de julio de 1999 (Ar. 5771), que anula otro Real Decreto por ausencia de explicación del modo de ejercicio de la potestad, tanto en el expediente como en el Preámbulo de la norma, o de 13 de noviembre de 2000 (Ar. 65 de 2001), que invalida un Real Decreto dado que se aprecia una explicación puramente «formal» del criterio discrecional empleado, con interesantes reflexiones sobre la relación entre discrecionalidad reglamentaria, acierto en la regulación y procedimiento.

Finalmente, en cuanto al *análisis económico*, es muy destacable la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 891 de 2001, en la que se anula un Decreto del Gobierno catalán al constatar que no se realizó un mínimo esfuerzo «para conocer el coste-beneficio del mismo».

E) *¿Una mayor formalización del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria, en aras de la buena administración, debe necesariamente suponer siempre una mayor rigidez en el conjunto de la actividad administrativa?*

1. *La tensión entre formalismo e informalismo en el actuar administrativo. Simplificación, garantías y buena administración.*

Es posible que un incremento en la formalización del ejercicio de la potestad reglamentaria, como el aquí sugerido, pueda comportar, globalmente, un incremento en la rigidez en su ejercicio. Esta rigidez puede tener, paradójicamente, consecuencias negativas para la buena administración perseguida, en el sentido de que tratar de lograr el correcto cumplimiento del deber constitucional puede comportar un indeseado aumento de los *costes* administrativos, traducido en mayor consumo de tiempo y recursos en la búsqueda y procesamiento de los hechos e intereses a ponderar.

Sin embargo, debe notarse que una mayor formalización del procedimiento reglamentario podría tener asociados *beneficios* también. Así, un análisis más cuidadoso de las decisiones normativas a elaborar no sólo mejoraría las posibilidades de obtener regulaciones de mayor calidad, sino que además podría suponer un filtro eficaz para evitar nuevas regulaciones, cuando se compruebe que las mismas no

son necesarias, contribuyendo así el procedimiento a poner fin a la marea reglamentista que nos invade (124). En este sentido, la *Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997*, sobre la mejora y la simplificación de las condiciones para la creación de empresas, insta a los Estados miembros a adoptar procedimientos de evaluación de los efectos de las reglamentaciones sobre el sector privado, incluyendo un «análisis apropiado de la relación coste-eficacia o coste-beneficios» (art. 3.1). En la misma línea, la ya mencionada *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, de 2 de febrero de 2000*, señala como un aspecto relevante de la *gestión de los riesgos* la «comparación entre las consecuencias negativas y positivas más probables tanto de la acción prevista como de la inacción en términos de coste global para la Comunidad, tanto a corto como a largo plazo», articulado mediante un «análisis económico coste/beneficios», si bien se advierte, muy oportunamente, que este análisis «no puede reducirse exclusivamente a un análisis económico», sino que «su alcance es más amplio e incluye consideraciones no económicas», debiendo primar siempre «las exigencias ligadas a la protección de la salud pública» (págs. 19 y 20).

En cualquier caso, la mayor formalización normativa del procedimiento reglamentario debería tener siempre en cuenta el objetivo de la *simplificación*, conectado con los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y economía, y con los legales de antiformalismo, celeridad y economía procesal (arts. 70, 71, 73, 74 y 75 LRJ-PAC, que entendemos han de ser también de aplicación en este caso) (125). Simplificación que, a su vez, no debe comprometer la buena administración ni las garantías ciudadanas, en el manteni-

(124) Esta elevada producción reglamentaria lleva asociados una serie de problemas de indudable importancia. Así, se genera una inseguridad jurídica (acentuada por el hecho de que la exigencia de incorporar una tabla de normativa vigente y de derogaciones explícitas —tradicionalmente incumplida por el Poder Ejecutivo y tolerada judicialmente— se ha suprimido en la LG). Se obstruye la actividad económica privada innecesariamente en ocasiones (con vulneración del principio de proporcionalidad y con desconocimiento del art. 40 CE). Se aumenta el gasto público, puesto que elaborar reglamentos requiere tiempo y recursos, con desconocimiento de los principios de eficiencia y economía. Además, se rigidifica la respuesta administrativa ante la variación de las circunstancias sociales y económicas, lo que obliga al cambio continuo de normas; de ahí su elevada inestabilidad.

(125) Sobre la simplificación, ténganse en cuenta el artículo 4.1, letra *b*), de la LOFAGE (con referencia a los «recursos disponibles») y la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/1999, de 13 de enero, aunque con efectos limitados a los procedimientos estatales, contenidos en normas reglamentarias, hemos de entender que de elaboración de actos no normativos, durante el plazo de un año. Téngase en cuenta también el Real Decreto 670/1999, de 23 de abril, que constituye una Comisión específica que ha dado lugar a la aprobación del Plan General de Simplificación Administrativa.

Pueden consultarse más detalles y diversas referencias doctrinales sobre la simplificación en España, Italia, Alemania y Estados Unidos en J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., págs. 624 a 638.

miento de un «delicado equilibrio» al que ha hecho referencia VANDELLI (126).

2. *Posibles vías de compensación de la necesaria formalización procedimental y de control de la «hemorragia» reglamentaria actual.*

En esa tensión necesaria entre formalismo e informalismo, la exploración de otras vías alternativas a la necesariamente formalizada —en mayor o menor grado— potestad reglamentaria puede tener su interés, tanto desde la perspectiva de la buena administración como de la adecuada protección de los derechos e intereses privados. A continuación sólo se ofrecen unas breves pinceladas de algunas posibilidades. Todas tienen en común su flexibilidad —que permite atenuar la rigidez a que puede llevar una norma reglamentaria, en caso de necesidad de cambiarla por modificación del contexto económico y social—, aunque, naturalmente, no dejan de presentar sus puntos problemáticos propios (127).

a) *La autorregulación. Su distinción de la desregulación.*

Una primera alternativa al ejercicio de la potestad reglamentaria puede hallarse en el fenómeno de la autorregulación. Como ha notado ESTEVE PARDO, la autorregulación no equivale a la desregulación; bien al contrario, «es precisa y justamente la más firme y decidida voluntad reguladora de las instancias públicas la que, no sin paradoja, conduce a un incremento de la autorregulación privada» (128). Se trataría, pues —como ha sido dicho de la guerra respecto de la diplomacia—, de la continuación de la reglamentación por otros medios. La creciente complejidad técnica, por ejemplo, augura un futuro interesante a esta técnica. Será necesaria en el futuro una reflexión más profunda sobre los medios jurídicos de asegurar que esa autorregulación privada sirva realmente a los intereses generales. Creemos que el análisis de los aspectos relativos a la toma de las decisiones por los privados autorreguladores no será irrelevante al respecto.

(126) L. VANDELLI, *Tendencias del Derecho Administrativo en Italia*, «DA», núms. 248-249, 1997, págs. 35 y ss.

(127) Una interesante reflexión sobre los modos informales de regular puede hallarse en T. D. RAKOFF, *The Choice Between Formal and Informal Modes of Administrative Regulation*, «Administrative Law Review», núm. 52, invierno de 2000, págs. 159 y ss.

(128) J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, 2002, pág. 27.

- b) *Distinción procedimental normativa en función de la autoría de los reglamentos, de su relevancia y de su contenido. El posible papel de los códigos internos procedimentales.*

La clasificación ensayada más arriba sobre los distintos tipos de discrecionalidad reglamentaria nos ha revelado la complejidad del ejercicio de esta potestad. Para responder a esta complejidad, el procedimiento debería a su vez hacerse más sofisticado, en el sentido de más matizado en función del tipo de reglamento. Dado que no todos los reglamentos son idénticos, tampoco debería existir un único procedimiento para su elaboración (129). En esta labor de perfeccionamiento del diseño normativo procedimental —a caballo entre la necesaria simplificación y la búsqueda de la calidad— debería atenderse a la máxima «tan sencillo como sea posible, tan complejo como sea necesario» (130). Un (discutible) ejemplo en esta dirección lo tenemos en el artículo 24 LG, cuando excluye la participación respecto de los reglamentos organizativos (131).

La respuesta a esta necesaria adaptabilidad procedimental podría venir de la mano de la elaboración de documentos internos que recorrieran un código de conducta sobre aspectos procedimentales singulares que puedan revestir especial dificultad, lo que sería detectable a través de las anteriores quejas de ciudadanos o de actividades investigadoras de los *Ombudsmen*. Estos documentos podrían contener esquemas de procedimientos-tipo, con indicación incluso de la temporalización orientativa de la actividad procedimental, para facilitar la labor de los instructores y potenciar la seguridad jurídica de los ciudadanos. Sería conveniente su conocimiento público, a fin de potenciar los principios de transparencia, buena fe y confianza legítima. Es más, estos documentos pueden dar lugar a la creación de *Cartas de Servicios* que establezcan concretos estándares de calidad procedimental y buena administración en el ámbito que nos ocupa (132).

(129) Aunque sí, como dijimos, un estándar común de principios y mecanismos en garantía de la buena administración.

(130) DIEKMANN, *Empirische Sozialforschung*, 6.ª ed., 2000, pág. 126, a propósito de la construcción de modelos. Debo agradecer de nuevo la referencia a Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO.

(131) Discutible porque el ejercicio de la potestad organizatoria tiene un componente discrecional que afectará a la futura buena administración, como pone de relieve J. J. LAVILLA RUBIRA, *El procedimiento de elaboración de reglamentos en la Ley del Gobierno*, «Justicia Administrativa», núm. 1, 1998, págs. 5 y ss.

(132) Sobre este punto, téngase en cuenta la publicación *Técnicas de Simplificación del trabajo administrativo. La elaboración de manuales de procedimientos*, MAP-BOE, Madrid, 1999. A favor de este modo de actuación se pronuncia J. PEMÁN GAVÍN, *Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Comunidad Autónoma de Aragón*, «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 1, 1992, pág. 85, y, desde una perspectiva general, COMMITTEE OF THE JUSTICE-ALL SOULS, *Administrative Justice. Some Necessary Reforms*, Oxford, 1988, pág. 22.

c) *La combinación de la elaboración de reglamentos con el uso de directrices.*

Otra técnica alternativa al ejercicio de la potestad reglamentaria podría consistir en la elaboración de *directrices* de actuación que vinculasen parcialmente la interpretación de los aspectos valorativos legales por parte del Gobierno o de la Administración (133). En nuestro Derecho, una técnica similar se ha articulado mediante la elaboración de Instrucciones o circulares (arts. 21 y 37.10 LRJPAC), desde la perspectiva predominante del principio de jerarquía interorgánico. Nada parece obstar, sin embargo, a que el propio órgano encargado de aplicar la Ley dicte *a priori*, en vez de un reglamento, una directriz contenida en un documento administrativo que oriente —sin eliminar, respetando así el deber de ponderación derivado del principio de objetividad— el uso de la futura discrecionalidad aplicativa. Sin duda, esta técnica tendría ciertas ventajas frente a la reglamentación clásica (contención de ésta, mayor flexibilidad procedimental en su elaboración, mayor seguridad jurídica para los ciudadanos), siempre que se esté atento para evitar sus posibles aspectos negativos, como, por ejemplo, la reticencia a considerarlas trascendentes para los ciudadanos, lo que sólo puede ser negado desde una aproximación jurídica formalista (134).

d) *La negociación de reglamentos como factor de flexibilidad administrativa. ¿Es la negociación de reglamentos jurídicamente posible en nuestro Derecho? La situación de hecho y la situación de Derecho. Algunas experiencias comparadas.*

Finalmente, cabría llegar a considerar la posibilidad de avanzar en la regulación legal de la negociación de reglamentos, como medio de reforzar la eficacia futura de las disposiciones a elaborar y como factor de fortalecimiento de la participación. DE PALMA ha estudiado distintos supuestos —caso típico es el de los convenios urbanísticos, aunque no el único— en los que se acepta en nuestro ordenamiento jurídico la negociación de productos normativos,

(133) Así, en el ámbito norteamericano tienen interés las aprobadas por la *Food and Drug Administration* en 1997, estableciendo las *policies* a seguir por la Agencia en la interpretación de la legislación o de los asuntos científicos de especial controversia.

(134) Véase la muy criticable, en mi opinión, STS de 13 de octubre de 1995 (Ar. 7343), en referencia a una circular del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Sobre este tipo de instrumentos, véase con carácter general J. V. MOROTE SARRIÓN, *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Valencia, 2002.

mostrándose cauta sobre la posibilidad de extender esta posibilidad con carácter general (135).

No se me escapan los problemas que la negociación reglamentaria puede llegar a plantear, entre los que destaca la necesidad de lograr una adecuada representación de los intereses presentes en la negociación, con la mayor transparencia posible, que aleje las dudas que puedan surgir en cada caso sobre el cumplimiento del deber constitucional de objetividad. Ahora bien, también sería ingenuo negar que tal negociación, aun sin un marco legal general de referencia en la actualidad, no es infrecuente en la realidad. Para muestra, un botón. El Decreto catalán 237/1998, de 8 de septiembre, sobre medidas de fomento de la oferta cinematográfica doblada y subtitulada en lengua catalana, fue objeto de una fuerte polémica, alimentada por la reticencia de las grandes distribuidoras (las *majors*) a su cumplimiento efectivo. Tras una serie de negociaciones de dominio público, seguidas puntualmente por la prensa, que incluso informó de los viajes del *Conseller* competente a los Estados Unidos, el Decreto 172/2000, de 15 de mayo, derogó el anterior reglamento mediante un artículo único. En la Exposición de Motivos de este Decreto se señala que la promulgación del mismo tiene que ver con que «las compañías distribuidoras multinacionales *han asumido el compromiso público* de iniciar el doblaje de películas al catalán y harán una distribución de las versiones catalanas con un número significativo de copias», lo que lleva al Gobierno catalán a eliminar las cuotas fijadas por el reglamento de 1998 (136).

Ante la situación fáctica descrita caben tres opciones. Negar totalmente la posibilidad de algo que se da en la práctica —y sobre lo que, en principio, no existen problemas insalvables de inconstitucionalidad o ilegalidad, en mi opinión (137)—, mantener la laguna jurídica actual (utilizando entonces los principios generales —transparencia, confianza legítima, etc.— y la analogía con el art. 88 LRJPAC para solucionar las cuestiones dudosas que puedan surgir) o avanzar en una regulación específica que haga transparente y controlado lo que *de facto* ya se hace, protegiendo y asegurando así la *igualdad participativa* de los intereses afectados en futuras negociaciones. En este último caso, que consideramos preferible, la experiencia norteameri-

(135) A. DE PALMA, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia, 2000, págs. 296 y ss.

(136) «Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña», núm. 3146, de 24 de mayo de 2000, pág. 6584.

(137) Esta es la solución italiana, plasmada en el artículo 13 de la Ley italiana de 7 de agosto de 1990.

cana, que ha conducido a la Ley sobre Negociación de Reglamentos de 1990, puede tener especial interés (138).

F) Conclusiones

a) La emergencia del que ha sido denominado «Estado regulador», en el nuevo contexto de privatizaciones y liberalizaciones, ha de traer a primer término la preocupación por la calidad de los productos normativos del Gobierno y de la Administración. En el logro de ésta, el procedimiento reglamentario, como técnica operativa del deber constitucional de buena administración, debe merecer una mayor atención (139).

b) El diseño normativo procedimental actual es mejorable. Debería subsanarse la inexistencia de un procedimiento administrativo reglamentario común para todas las instancias públicas. Sería recomendable que las CC.AA. y los Entes Locales avanzaran en la mejora técnica de este procedimiento, profundizando en aspectos como, por ejemplo, el logro de una *democracia deliberativa* que refuerce la legitimación pública (140).

c) El control judicial del procedimiento reglamentario debería abandonar su tradicional apatía y comprometerse con la buena administración, dentro de los límites constitucionales propios del Poder Judicial. No podemos tener jueces *indiferentes* a la mala administración, sino que necesitamos jueces conscientes de su papel pedagógico, así como de sus limitaciones intrínsecas. En el control judicial del procedimiento reglamentario, los jueces podrían hallar el modo de informar su práctica de los principios contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, tal como les manda el artículo 53.3 CE. En definitiva, por utilizar las expresivas palabras de la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956, el control que anule un reglamento por vicios procedimentales sustanciales «no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia [de la Administración], sino que

(138) Sobre la negociación de reglamentos, un tema que dista de ser pacífico entre la doctrina norteamericana, puede consultarse el importante trabajo en español de R. COMELLA DORDA, *Límites del poder reglamentario en los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, Barcelona, 1997, págs. 75 y ss.

(139) Atención que ya ha sido reclamada, por ejemplo, por T. R. FERNÁNDEZ, *Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno*, «RVAP», núm. 34, 1992, págs. 43 y 44, aunque partiendo de la creencia de que los reglamentos debieran limitarse a ser un mero complemento técnico de la ley.

(140) Sobre la *democracia deliberativa* y su relación en concreto con la regulación pública puede consultarse el interesante trabajo de C. R. SUNSTEIN, «Sustituir unos riesgos de salud por otros», en J. ELSTER (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona 2001, págs. 289 y ss.

por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimienta la autoridad pública».

d) Parecen precisos estudios sobre los medios de regulación alternativos a la reglamentación, para que éstos aporten la ansiada flexibilidad sin menoscabar la buena administración ni los intereses de los ciudadanos. En este sentido, se quiere reivindicar aquí la «función crítica» de la investigación jurídica, que, en mi opinión, debe utilizar la posibilidad del Derecho administrativo de «saltar sobre su propia sombra», gracias a los *principios constitucionales* que orientan el actuar público (141). Este «derecho dúctil», junto con la apertura (que ha de ser recíproca) al instrumental aportado por otras ciencias, han de permitir avanzar en el camino de la calidad reglamentaria (142).

(141) Las expresiones entrecomilladas se toman literalmente del interesante estudio *Report de la recerca a Catalunya. Dret (1990-1997)*, Barcelona, 1999, págs. 15 y 16. Este informe fue elaborado por la profesora de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, Encarna ROCA, con la colaboración de distintos juristas, entre los que se contó la profesora de Derecho Administrativo de la misma Universidad, Elisenda MALARET.

(142) G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, 1995.