

NOTA INTRODUCTORIA
SOBRE LA SEGUNDA EDICIÓN

«Una nueva verdad científica no triunfa porque haya convencido a sus oponentes y les haya hecho ver la luz, sino más bien porque sus oponentes mueren finalmente, y una nueva generación crece más familiarizada con ella.»¹

MAX PLANCK

I. ¿SEGUNDA EDICIÓN O 2.0?

LA obra colectiva que tiene el lector en sus manos no es sólo una segunda edición revisada y actualizada de la primera edición de 2006, sino algo más. De ahí el significativo 2.0, que acompaña al volumen en su lomo. Representa una obra renovada. Una y otra son complementarias en los aspectos fundamentales que abordan. Si en la primera se estudiaban algunas claves del Derecho Administrativo contemporáneo, el método para su construcción, el procedimiento o la información como elementos estructurales, en la presente se ofrecen sobre esos y otros temas nuevas perspectivas.

II. OBJETO

Si hubiera que dar señas o circunstancias individuales de este trabajo, como de su antecesor, podrían subrayarse cuatro:

(i) Es una obra de *pensamiento*, y no de Derecho positivo. La reflexión trasciende los sistemas jurídicos nacionales o supranacionales, por más que se haga a ellos referencia con un carácter instrumental.

(ii) Constituye un análisis que se hace eco de las grandes *mutaciones* del Estado y de la Administración contemporáneos.

[1] Cfr. *Scientific Autobiography and Other Papers*, traducción de F. Gaynor, 1950, p. 33. Opinión que gustaba de glosar Thomas S. Kuhn en *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962: «scientists slowly convert to the new paradigm, for a number of different reasons. Eventually, if a new paradigm is successful, only a handful of hold-outs support the earlier worldview».

(iii) Es un estudio que se sitúa en el plano de las propuestas de *reforma científica del Derecho Administrativo*. No son, pues, las relevantes *reformas legales* que recorren el mundo lo que aquí importan, sino *estrategias científicas* para su sistematización, revisión y mejora.

(iv) Y es una obra, en fin, que bebe en *fuentes diversas* y ofrece *reelaboración propia*. No se resuelve en el trasvase de un único filón de pensamiento, dentro de los variados movimientos de reforma e innovación científicas.

III. CONTEXTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO

El sistema de coordenadas del Derecho Administrativo clásico ha cambiado sustancialmente². De transformación, reforma, innovación, cambio o crisis, huidas y expansiones... se habla en el seno de la disciplina desde principios del siglo pasado, con una intensidad y extensión sin paralelo con ninguna otra rama del Derecho.

Ahora es distinto, sin embargo: hay *tiempos de cambio y cambios de era*. La magnitud y la complejidad de los problemas que la vida económica, social, ambiental o informativa presentan en nuestro tiempo no tienen precedente. Baste pensar en la regulación de los mercados financieros o en la del comercio internacional; en la lucha contra el cambio climático o en la seguridad pública; en la sanidad o en la seguridad alimentaria... El Derecho Administrativo —desbordados los diques que lo contenían en unas funciones ciertamente limitadas—³ representa un formidable instrumento jurídico para hacer frente a esos desafíos, a condición, nótese bien, de que sepa adaptarse y evolucionar.

De ahí se desprenden, de inmediato, dos consecuencias, en las que parece existir un cierto consenso, más allá de los términos en que éstas se expresen:

[2] En particular, *vid.* capítulo primero y cuarto.

[3] Cfr. capítulo cuarto, tercera parte, núm. IV, entre otros.

(i) El Derecho Administrativo de la «luz roja», o de la «prohibición de circulación», ha de dar paso al Derecho Administrativo de la «luz verde» y de las «señales de orientación» o «recomendación». Y es que, ante los escenarios que se han puesto de manifiesto, no basta el tradicional Derecho Administrativo de defensa o protección frente al poder («Derecho contra la Administración», para «embridar al poder con el Derecho»)⁴; es necesario igualmente un Derecho Administrativo «positivo», de la «acción eficaz», de la «regulación adecuada», de la «prestación efectiva» de los servicios esenciales... Se busca un Derecho que sepa preservar los bienes colectivos, los derechos individuales, al tiempo que incentiva la economía y la creación de empleo, o mejora el medio ambiente y el bienestar social. Una maquinaria que determine la legalidad e ilegalidad, el aprobado o el suspenso, de la acción estatal, con ser imprescindible, no cubre ni de lejos esa función. Hacen falta *también* nuevos dispositivos, más evolucionados y complejos, que contribuyan a hallar la solución mejor, la excelencia, sea en términos de crecimiento sostenible, de medio ambiente urbano, de estabilidad financiera, o de seguridad aérea, de eficiencia energética, de bienestar o asistencia social...⁵

(ii) La formación para esa nueva dimensión —o «cara oculta»— es distinta, más completa, y abierta al diálogo con otras ciencias. Identificar si se ha respetado la «prohibición de circular» o la «luz roja» es una cosa, y «recomendar una ruta» o determinadas actuaciones en términos de velocidad o de prudencia, otra muy distinta. En este último sentido, el entrenamiento característico del *método jurídico tradicional* se queda corto⁶, puesto que se conforma con saber leer e interpretar textos legales, y, en definitiva, sistematizarlos⁷ (lo que no es poco). Pero ni siquiera es capaz de indagar por sí mismo si esos actos jurídicos se aplican o no; menos aún si resultan eficaces en la realidad⁸.

[4] *Vid.* «Presentación de la traducción», en E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. XVII y ss.

[5] La idea de la «luz verde» —del Derecho Administrativo en positivo— se expresa, según el paradigma, el postulado, la perspectiva, o la dimensión, de modos diferentes. Así, por ejemplo, el libro blanco de la gobernanza europea afirma que una buena gobernanza se basa, entre otros principios, en la eficacia para producir los resultados buscados; y en la coherencia. *Vid.* Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La Gobernanza Europea - Un Libro Blanco» [COM (2001) 428 final - Diario Oficial C 287 de 12.10.2001] y la síntesis de la web oficial en http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/110109_es.htm. Más explícitos son los documentos de la OCDE sobre política regulatoria (véanse los esfuerzos realizados bajo el concepto de *regulatory policy*).

[6] *Cfr.* capítulo segundo.

[7] *Ibidem.*

[8] Sobre el tema, véase el capítulo segundo.

Las alternativas y las opciones ensayadas para su complemento son variadas⁹, no necesariamente excluyentes. Lo cierto es que no es lo mismo conservar una catedral, que levantarla, como no es lo mismo interpretar una sinfonía, que componerla. Cada operación requiere un arsenal de herramientas diferentes o, por mejor decir, un método o métodos apropiados¹⁰. En todo caso, no es posible permanecer al margen.

Ahora bien, el cambio no es sólo de *perspectiva* (de la tutela, a la acción eficaz), ni de *método* (de la interpretación y aplicación del Derecho, a estrategias para la mejor toma de decisiones). Es también un problema de *expansión*:

(i) Al nuevo Derecho Administrativo se le pide además que dé luz a la intensa vida que hay en el «espacio exterior», más allá del Estado. Y a esa llamada acuden movimientos y proyectos, académicos o institucionales, con ángulos y finalidades diferentes, como el Derecho Administrativo Global¹¹, el Derecho Administrativo Internacional¹², o la cooperación entre agencias y organismos reguladores nacionales a nivel mundial¹³, con renovados mecanismos de procedimiento¹⁴.

[9] Si ha de tratarse de una «ciencia del Derecho Administrativo bien informada» en términos de interdisciplinariedad; de «Derecho en contexto»; de «diálogo» sea o no formalizado y fermentado mediante, por ejemplo, «conceptos-puente» entre las distintas áreas del saber; de «iluminar» puntualmente elementos del sistema jurídico-administrativo desde modelos o teorías auxiliares sin pretensiones metodológicas ni universalizantes; o de una reelaboración desde la estricta dogmática, por citar tan sólo algunos ejemplos u opciones (no excluyentes necesariamente), es algo que cabrá discutir y que el futuro desvelará.

[10] Un ejemplo representativo, no el único, es el que se describe en el capítulo segundo.

[11] *Vid.* <http://www.iilj.org/GAL/> y el artículo «originario» (el *project overview article* en <http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>). En español, *vid.* la colección del mismo nombre en esta editorial.

[12] Cfr. capítulo primero.

[13] Con la finalidad de encontrar mejores soluciones, ahorrar costes y evitar diversidades regulatorias innecesarias. Paradigmático, por ejemplo, *Executive Order* 13609 of May 1, 2012, *Promoting International Regulatory Cooperation*, del Presidente Obama (disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-05-04/pdf/2012-10968.pdf>). Por parte de la Unión Europea, y en relación con EE.UU. en igual sentido, véanse las actividades y documentos destacados en las respectivas webs oficiales: http://www.whitehouse.gov/omb/oira_irc_europe y http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/regulatory-cooperation/index_en.htm.

[14] Entre los principios regulatorios destacados en el documento *Common Understanding on Regulatory Principles and Best Practices* (junio de 2011) emanado del *High-Level Regulatory*

(ii) O se le demanda igualmente que tienda puentes y colabore con la sociedad en una forma distinta, en la medida en que a ésta se le exigen y atribuyen nuevas responsabilidades¹⁵, tales como la participación en relevantes actividades regulatorias (autorregulación, corregulación), o la prestación de servicios de interés general...¹⁶

Con todo, si nuestra mirada se eleva al horizonte, podremos entender que esa complementariedad de perspectiva y de método, o el tránsito por nuevos espacios antes desconocidos, pretenden dar respuesta, en última instancia, al interrogante más difícil de nuestro tiempo, y al que la ciencia del Derecho Administrativo no puede sustraerse, a saber: ¿cómo conseguir que nuestros sistemas regulatorios —nuestras normas, nuestros procesos decisorios y nuestras estrategias de impulso y dirección— protejan mejor la salud pública, el bienestar social, la seguridad, el medio ambiente, o promuevan con eficacia el crecimiento económico, la innovación, la competitividad o la generación de empleo, entre otros grandes objetivos?¹⁷ ¿Y que lo hagan, no ya sin menoscabo, sino con mayor plenitud, del principio democrático y del principio del Estado de Derecho o *rule of law*?

Cooperation Forum (cfr. nota anterior), con una evidente dimensión procedimental, cabe recordar los siguientes: publicidad, transparencia y participación de todos los interesados y el público en general; análisis de las alternativas más relevantes, y análisis coste-beneficio; la supervisión y la evaluación de la efectividad de las medidas en vigor; la minimización de la carga burocrática y la simplificación para el ciudadano; la evitación de duplicidades en los requisitos exigidos por ambas partes; etc.

En la medida en que las agencias de un lado y otro —en este caso, de EE.UU. y de la UE— utilizan principios de procedimiento equivalentes se confía en el «producto» final obtenido por la otra parte (estándar, requisito, análisis, control, información, etc.). Se trata de algo más que de un mutuo reconocimiento (por ejemplo, respecto de la seguridad del producto en el sector automovilístico, farmacéutico o químico), e incluye la evitación de la divergencia o duplicidad de las regulaciones y la aceptación de los protocolos establecidos por la otra parte, la asunción de las evaluaciones o inspecciones realizadas por la otra parte, etc.

[15] En los diversos capítulos del presente volumen se hacen referencias más detalladas a este fenómeno, en particular: capítulo primero y cuarto, parte segunda.

[16] Capítulo cuarto, parte segunda.

[17] Cfr. *Executive Order* 13563 of January 18, 2011 (*Improving Regulation and Regulatory Review*), y *Executive Order* 13609 de 1 de mayo de 2012, *Promoting International Regulatory Cooperation*, del Presidente Obama (disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-05-04/pdf/2012-10968.pdf>).

Aquí concurren y compiten desde hace décadas, para dar respuestas, una multiforme variedad de medios e instrumentos, análisis y evaluaciones, paradigmas y teorías, avanzados desde latitudes y culturas jurídicas lejanas y distantes entre sí.

Con todo, la percepción —cuando menos de las *necesidades*— no resulta tan heterogénea, como ilustra sobradamente el análisis comparado del Derecho Administrativo¹⁸, esfuerzos políticos convergentes¹⁹, u otros movimientos²⁰.

Y tampoco son tan disímiles los *hallazgos* a los que en ocasiones se llega desde distintos puntos de partida, cuando la investigación jurídica se enriquece con otras perspectivas. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el procedimiento administrativo. Con la ayuda de otros conocimientos, se ha podido constatar que una ley de procedimiento constituye un relevante medio de control y de dirección del Parlamento sobre la Administración²¹. O que el Derecho Privado y el Derecho Administrativo pueden urdir alianzas de sumo interés²².

[18] Véanse los problemas comunes abordados desde diversas culturas, en *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, edited by Susan-Rose Ackerman and Peter L. Lindseth, february 2011. Además, podríamos preguntarnos, por ejemplo: ¿cómo regular mejor y conseguir preservar los bienes y valores más ansiados, sin ralentizar la economía?, ¿cómo dotar de legitimidad democrática a las Administraciones independientes?, ¿cómo conjugar que las decisiones tengan un sólido apoyo científico y técnico, con el impulso político?, ¿cómo se inserta la ciencia en el proceso decisorio de las Administraciones públicas?, ¿cómo obtener la información más adecuada, en colaboración con otras agencias y Administraciones, y con el sector privado, para la mejor toma de decisiones?, ¿qué nuevas formas de control y de atribución de responsabilidades han de desarrollarse cuando se trabaja en estructuras reticulares con participación de una multitud de sujetos públicos y privados?, etc.

[19] Por ejemplo, las iniciativas mencionadas en las notas 11, 12 y 15.

[20] Por ejemplo, el antes mencionado en torno al «Derecho Administrativo Global».

[21] Desde los EE.UU., desde la perspectiva de la teoría política positiva, véase, por todos, el clásico trabajo de MATTHEW D. McCUBBINS, ROGER G. NOLL y BARRY R. WEINGAST, «Administrative Procedures as Instrument of Political Control», *3 JI Law, Econ and Org.* 243 (1987). Desde Europa, y desde la óptica del Derecho Administrativo inspirado en la ciencia de la dirección, véase EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2004, pp. 203, 305, y, en versión española, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003 (índice analítico: procedimiento administrativo).

[22] Por simbolizar en dos obras, dos respuestas con contenidos convergentes, a ambos lados del Atlántico, pueden verse: de un lado, JODY FREEMAN, «Extending Public Law Norms through Privatization», *116 Harv. L. Rev.* 2002-2003, pp. 1291 y ss.; o también de la misma autora «The Private Role in Public Governance», *75 N.Y.U. L. Rev.* 2000; de otro,

Tal es el paisaje de fondo que se divisa desde los distintos capítulos del libro.

* * *

Esta obra no habría visto la luz si no es por el esfuerzo sostenido de todos. La nómina de agradecimientos es larga e incluye, desde luego, a los traductores y a quienes han hecho posible la presente coedición con el INAP. Un lugar destacado en la gratitud, por tantas razones, han de ocuparlo los Profesores Luciano Parejo y Eberhard Schmidt-Aßmann.

JAVIER BARNES
Catedrático de Derecho Administrativo
(Sevilla, octubre de 2012)

HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos, Baden-Baden, 1996.