

# Principio de buena administración y aplicación indirecta del Derecho Comunitario: instrumentos de garantía frente a la «comunitarización» de los procedimientos<sup>\*</sup>

*Lorenzo Mellado Ruiz*

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Almería)

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMUNITARIO–1.1. *Aproximación al Derecho administrativo comunitario*–1.2. *Integración jurídica y principio de autonomía institucional*–1.3. *La superación de las deficiencias de armonización a través de la incorporación de previsiones procesales en la normativa comunitaria*–1.4. *La contribución de los principios generales del Derecho administrativo comunitario*
2. INCIDENCIA COMUNITARIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PRINCIPIO GENERAL DE BUENA ADMINISTRACIÓN–2.1. *Nuevos enfoques sobre el concepto y la actuación procedimental de los poderes públicos en el mercado interior*–2.2. *El derecho a una buena administración como canon de legalidad*–2.3. *Configuración comunitaria del derecho a una buena administración*–2.3.1. *Aclaración previa*–2.3.2. *¿Es el derecho a una buena administración un «derecho fundamental comunitario»?–2.3.3. Funcionalidad desde la perspectiva de la ejecución indirecta del Derecho comunitario*
3. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL–3.1. *Su progresiva recepción en el ámbito autonómico*–3.2. *Caracterización interna del derecho y valoración de su naturaleza jurídica*–3.3. *Reflejo interno de las nuevas orientaciones sobre la operatividad y contenidos del derecho a una buena administración: de la esquizofrenia administrativa a la garantía plena de los derechos del ciudadano*

---

\* Este trabajo se inserta dentro del Proyecto de Investigación I + D del Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2006-073207/JURI), sobre los «Principios generales y derechos fundamentales comunitarios aplicables a los procedimientos tributarios».

## 1. INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMUNITARIO

### 1.1. Aproximación al Derecho administrativo comunitario

En la actualidad, no parecen existir ya dudas sobre la existencia y viabilidad plenas de un *Derecho administrativo comunitario*, entendido como un conjunto, más o menos inteligible y ordenado, de normas y principios, de origen comunitario, enderezado a la regulación y ordenación de la Administración pública comunitaria –órganos administrativos comunitarios, *stricto sensu*, o de la Administración interna, como ejecutora principal del derecho comunitario–, los diversos ámbitos de actuación de la misma y los instrumentos y cauces procesales de acción. La existencia, directa o indirecta, de una actividad administrativa comunitaria<sup>1</sup>, con reflejo indudable en el seno

<sup>1</sup> La perspectiva funcional para la delimitación –no tanto conceptualización– de la Administración pública comunitaria, puede verse, por ejemplo, en ESTELLA DE NORIEGA, A., *La Administración pública comunitaria*, en PAREJO ALFONSO, L.; DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.; MORENO MOLINA, Á. M. y ESTELLA DE NORIEGA, A., *Manual de Derecho administrativo comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pg. 98. Reconoce el autor, de todas formas, la dificultad inherente a esta actividad de delimitación de las «funciones» típica o propiamente administrativas dentro del peculiar y forzado sistema comunitario de distribución de poderes. En este sentido, la doctrina más cualificada se ha cuestionado por la transposición de las categorías generales (ejecución directa e indirecta) a nuestro Derecho interno, desde la propia confusión de los planos orgánico y funcional (*vide*, por ejemplo, las consideraciones de BALLESTEROS MOFFA, L. Á., *La aplicación administrativa directa del Derecho comunitario*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, pgs. 66-67, que reduce esta posible indeterminación a la vertiente exclusivamente orgánica de la división de poderes). Y efectivamente, aunque puede hablarse de una «Administración indirecta», puesto que la Administración pública española no es, estrictamente hablando, Administración comunitaria (más adelante veremos que hoy en día lo que existe es una Administración mixta o bifronte), la actividad administrativa, jurídica o material, de aplicación del Derecho comunitario, no es nunca una ejecución indirecta, sino directa de la Administración nacional. Como se ha apuntado, a mi juicio certeramente, una cosa es el modelo –necesario por lo demás– de administración y otra el derecho aplicable. El esquema de ejecución indirecta no presupone el mantenimiento absoluto de la dualidad Derecho comunitario/Derechos nacionales, sino solamente, en un plano exclusivamente orgánico, la necesidad de una Administración descentralizada para la consecución de los objetivos comunes de la Comunidad. Y no se trata sólo del incremento de la ordenación comunitaria de las administraciones nacionales –que dejan de «actuar», e incluso de «ser» administraciones internas–, sino de la propia consolidación de una nueva noción comunitaria –común y uniforme– de los poderes público-administrativos de los Estados miembros, *vide* Chiti, M. P., *Derecho Administrativo Europeo*, Civitas, Madrid, 2002, pg. 102. Desde un punto de vista funcional, la ejecución nacional del Derecho comunitario es una actividad directa de aplicación, sin fases o mecanismos de articulación previa, aunque orgánicamente pueda entenderse que, en la realización de tales funciones, en una suerte de desdoblamiento funcional, la Administración interna

de los ordenamientos internos, pone de manifiesto, al menos, al hilo de la progresiva y creciente europeización de los derechos públicos internos<sup>2</sup>, la posibilidad de conformación de un bloque específico y común<sup>3</sup>, dentro del derecho comunitario, relativo a las facultades de ordenación jurídico-pública –aunque no exista, como es sabido, una construcción teórica general sobre el procedimiento administrativo comunitario<sup>4</sup>– y a las garantías de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración «materialmente» comunitaria<sup>5</sup>. Y no se trata solamente de la constatación fáctica y normativa,

deja de ser tal, y se convierte en Administración descentralizada comunitaria. *Vide*, sobre este punto, el magnífico estudio de Á. M. MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pgs. 34-35.

<sup>2</sup> BARNÉS, J., *Introducción: hacia el Derecho público europeo*, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pgs. 31-32. Se ha dicho en este sentido, con razón, que este proceso de integración europea y de auténtica simbiosis de los ordenamientos jurídicos –comunitario y nacionales–, incluso en el caso de la disciplina más clásica y tradicionalmente entroncada con la cultura y la tradición institucional doméstica, como es el Derecho administrativo, está provocando no sólo una evidente y exponencial transformación en los campos de creación y aplicación del Derecho, sino una auténtica «mutación constitucional», un desequilibrio patente –y, a mi juicio, en cierta forma sobrevenido– de los poderes constitucionales, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pg. 447. En línea con estas consideraciones, se ha hablado también ya sobre la existencia de un «incipiente Derecho constitucional común europeo», ORTEGA ÁLVAREZ, L. y ARROYO JIMÉNEZ, L., «Constitucionalismo europeo y Europa social», *Revista Española de Derecho Europeo*, 23 (2007), pg. 342.

<sup>3</sup> Siguiendo a GALERA RODRIGO, S., *El derecho a una buena administración*, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2004, pgs. 1459-1460, puede concebirse hoy en día el Derecho administrativo europeo, no sólo como el conjunto de reglas que disciplinan la actividad de las instituciones europeas, en sus relaciones entre sí, con los Estados y con los ciudadanos, sino una «realidad de mucho mayor calado para la cultura jurídica europea, integrando un conjunto de principios comunes que han de tener continuidad en los respectivos ordenamientos administrativos nacionales, además de un conjunto creciente de regulaciones materiales comunes que determinan un alto grado de homogeneidad en el contenido de los Derechos nacionales». *Vide*, también, MORENO MOLINA, J. A., *Los principios generales del Derecho*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.), *Derecho Comunitario Europeo*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pgs. 24-25.

<sup>4</sup> Precisamente en los últimos años se viene llamando la atención sobre la contradicción existente entre la configuración –sobrevvenida o funcional, si se quiere– del ordenamiento comunitario como un auténtico sistema jurídico, articulado sobre los mimbres del modelo de régimen administrativo, y la ausencia de construcciones teóricas generales de racionalización de la actuación «administrativa» de las instituciones comunitarias –europeas o nacionales–, como es el caso de la institución central del «acto administrativo», *vide* el magnífico libro de ARZOZ SANTISTEBAN, X., *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Oñate, 1998.

<sup>5</sup> La consolidación, tanto a nivel orgánico como material, del sistema jurídico comunitario conduce claramente a la afirmación de la existencia de un auténtico Derecho administrativo europeo o comunitario. Si nos atenemos a una visión subjetiva, es indudable que existe una Administración Pública comunitaria, implicada, cada vez más, en auténticas relaciones jurídicas «directas» con los ciudadanos comunitarios. Otra cosa es que no haya sido posible, por ahora, construir un concepto unívoco y general de la misma a nivel comunitario, como señala Chiti, M. P. (2002): 157-158. Y desde un punto de vista funcional u operativo, es también evidente que existe un conjunto de poderes, de natura-

de la existencia, desde una perspectiva estática, de una auténtica Administración europea, que, en la mayoría de los casos, será la propia Administración interna actuando como ejecutora del, cada día más inasible, Derecho comunitario derivado (principio de autonomía institucional a favor de los Estados miembros)<sup>6</sup>, sino del propio e imparable proceso de «comunitarización» de los ordenamientos internos<sup>7</sup>, en tanto que es difícil atisbar ya sectores o ámbitos de actuación administrativa que no tengan su referente inmediato y básico en el Derecho comunitario<sup>8</sup>.

La duda que subsiste, y que ha sido acertadamente planteada por la doctrina<sup>9</sup>, radica pues, no tanto en la existencia y operatividad de este grupo normativo, sino en la propia densidad institucional de su configuración positiva. ¿Es posible hablar de un Derecho administrativo «propriadamente comunitario» cuando el grueso de la actividad de ejecución del mismo se realiza a nivel interno por las Administraciones domésticas? ¿Cuál es la línea fronteriza entre la función normativa y la función ejecutiva dentro del Derecho comunitario? ¿Existe un Derecho administrativo *procesal* comunitario?

leza propiadamente comunitaria, que desarrollan una actividad materialmente administrativa, aunque no pueda hablarse realmente de un sistema de división de poderes entre las distintas instituciones comunitarias, al estilo de los modelos constitucionales internos, *vide*, en este sentido, las consideraciones generales realizadas por SCHÜTZE, R., *The Morphology of Legislative Power in the European Community: Legal Instruments and the Federal Division of Powers*, en EECKHOUT, P. y TRIDIMAS, T. (eds.), *Yearbook of European Law*, 25 (2006), Oxford University Press, Oxford, 2006, pgs. 91 y ss. Claramente sostiene la existencia de este subsistema ordinal dentro del Derecho comunitario, por su capacidad para la creación directa de «situaciones jurídicas individuales comunitarias», trascendiendo, pues, la visión clásica institucionalista de la teoría de las organizaciones internacionales, Chiti, M. P., *Derecho Administrativo Europeo*, Civitas, Madrid, 2002, pg. 100.

<sup>6</sup> Es evidente que, hoy en día, la gran mayoría de las normas comunitarias –sobre todo en el caso de los Reglamentos– se dirigen de forma inmediata a los poderes público-administrativos del Estado miembro, debiendo ser aplicadas, ejecutadas y supervisadas por el complejo orgánico administrativo nacional, sin intermediación de los otros poderes del Estado, *vide* MORENO MOLINA, Á. M. (1998): 29.

<sup>7</sup> Tempranamente llamó la atención sobre este fenómeno, destacando las notas de porosidad máxima y adaptación a los cambios sociales y políticos del Derecho administrativo, con repercusiones, incluso, sobre la misma concepción «interna» de la disciplina, el profesor MOLINA DEL POZO, C. F., *Dos estudios sobre Derecho administrativo comunitario*, INAP, Madrid, 1982, pg. 14. Concretamente, se ha sostenido que la construcción de un Derecho Administrativo europeo se apoya, de un lado, en «la creación de un cuerpo normativo aplicable a la acción administrativa de la Unión europea a través de la absorción y condensación de los principios jurídico-administrativos de los ordenamientos de los países miembros», y, de otro, en la «introducción de principios y reglas jurídico-administrativas desde el proceso de coordinación y armonización de las legislaciones de los diferentes Estados», JORDANO FRAGA, J., *Tendencias de evolución del Derecho Administrativo y alguna propuesta iconoclasta*, en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pg. 178.

<sup>8</sup> *Vide*, por ejemplo, el clarificador estudio de SANZ LARRUGA, F., «La incidencia del Derecho comunitario europeo sobre el ordenamiento jurídico administrativo español», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 324 (2005), pgs. 29 y ss.

<sup>9</sup> *Vide*, por ejemplo, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El Derecho Administrativo Europeo*, 2ª ed., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, pg. 33.

¿Existe un Derecho administrativo paralelo, y, por tanto, unas normas y unos principios diferentes, utilizable por las Administraciones internas unas veces cuando se aplica el Derecho comunitario y otras cuando se ejecuta el Derecho nacional? ¿Es posible sostener, en el grado actual de consolidación de este Derecho administrativo, una equiparación suficiente respecto al carácter de equilibrio del ordenamiento jurídico-administrativo interno, de conjugación de las potestades administrativas y de las garantías de los ciudadanos? Estas y otras cuestiones vienen planteándose en sede doctrinal desde la constatación de una palpable descompensación entre la compulsiva e imparable actividad normativa de la Unión Europea y la ausencia de una construcción teórica sólida del sistema institucional y procedimental del orden comunitario como Derecho común –interno– de todos los Estados miembros<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Conectando con estas dudas, la profesora Susana DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pgs. 84 y ss., realiza una útil sistematización de las distintas construcciones doctrinales que han venido surgiendo para intentar matizar la ostensible falta de univocidad del término analizado. La primera posición considera el Derecho Administrativo Europeo como un *ius commune europeum*, como un Derecho propio y común fruto de la convergencia –y, en realidad, retroalimentación– de los diferentes ordenamientos nacionales. Parece difícil todavía, en un proceso de integración que aún no está acabado, y respecto a un sistema jurídico en constante evolución y desarrollo, sostener la existencia de un verdadero ordenamiento común, amén de la crítica que realiza la propia autora sobre la forzada uniformidad que conllevaría la asunción de esta tesis. Además, no se trata de un proceso unidireccional, de aproximación y confluencia de los sistemas jurídicos nacionales, sino interactivo y recíproco, de intercambio constante de instituciones y normas, orientado, es verdad, aún con las necesarias matizaciones de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (*vide*, como ejemplo, MUÑOZ MACHADO, S., *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004, pgs. 259 y ss.), a la conformación de un ordenamiento jurídico-administrativo singular, homogéneo y diferente de la mera agregación de instituciones nacionales. El segundo concepto de Derecho Administrativo Europeo, que es el más cercano a la posición mantenida en este artículo, haría referencia a las fuentes de Derecho comunitario de naturaleza propiamente administrativa, es decir, a la normativa comunitaria encauzada a la regulación de la organización y actuación de los poderes públicos administrativos. Más matizadamente que la construcción anterior, no se habla aquí de la conformación de un sistema jurídico-administrativo común y homogéneo, sino de un conjunto de normas singulares y específicas aplicables a la Administración comunitaria. A mi juicio, sin embargo, la consolidación e intensidad de este «Derecho Administrativo Comunitario», emanado de las instituciones comunitarias pero encauzado, en la mayoría de los casos, a ordenar las relaciones de las Administraciones internas con los ciudadanos, cada vez se acerca más a un verdadero «Derecho Administrativo Europeo», un Derecho administrativo común y uniforme que toma como referencia no la acción ni los órganos de la Comunidad, sino el propio espacio jurídico europeo. Las líneas de distinción entre estas concepciones, entre un Derecho administrativo europeo y un derecho administrativo común europeo, son ciertamente tenues y ambiguas. Pero lo cierto es que la evolución del mismo parece conducir indefectiblemente hacia parámetros de integración jurídica, de conmixción de los sistemas jurídicos y de conformación de reglas –sustantivas y procesales– uniformes para la ordenación de la actividad relacional de las Administraciones públicas, comunitarias y nacionales. Una tercera acepción identifica el Derecho Administrativo Europeo como las normas de organización y procedimiento de la Administración interna de las Comunidades, sin efecto directo en los Esta-

En las clásicas palabras de SANTI ROMANO, «*un ordenamiento jurídico no es una suma de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino una unidad en sí misma, y una unidad, quede bien claro, no artificial ni lograda por un procedimiento de abstracción, sino concreta y efectiva*»<sup>11</sup>. Puede hablarse, efectivamente, de un Derecho administrativo comunitario (y de una Administración comunitaria), pero no de un auténtico «ordenamiento jurídico-administrativo comunitario», como realidad precedente y justificativa de la subordinada dimensión normativa. Y no se trata de desmerecer los logros y los avances que ha supuesto, desde una perspectiva puramente jurídica, la integración europea<sup>12</sup>, sino de poner de manifiesto algunas insuficiencias –puede que motivadas por la ausencia de una programación o estrategia global del proceso de integración<sup>13</sup>, o por la propia complejidad de la tarea de armonización normativa, o por las disparidades entre los distintos ordenamientos internos

dos. Se trataría en este caso de una visión demasiado limitada, con ausencia del mecanismo básico de la ejecución indirecta del Derecho comunitario e, incluso, de las nuevas tendencias, de regulación directa comunitaria de los procedimientos administrativos. Igualmente parcial sería la cuarta concepción, centrada en las relaciones orgánicas entre las instituciones comunitarias y las Administraciones de los Estados miembros, pero, como ya hemos puesto de manifiesto, cada vez es más habitual la incorporación al Derecho administrativo comunitario de relaciones jurídicas directas con los ciudadanos, de procedimientos compuestos con incidencia inmediata en la esfera jurídica de acción de los interesados y de previsiones procedimentales homogéneas y directamente vinculantes para las Administraciones internas. En todo caso, esto no sería un Derecho Administrativo europeo, entendido desde la perspectiva interna de un Derecho de la Administración para la garantía de los ciudadanos, sino un Derecho de las relaciones interadministrativas comunitarias. Finalmente, y para salvar las posibles objeciones, teóricas o prácticas, que pueden recaer sobre cualquiera de las teorías reseñadas, concluye la autora resaltando el carácter dinámico, singular e instrumental que debería tener una teoría actual sobre el Derecho administrativo europeo. Más que un Derecho forjado o constituido, se trata de un ordenamiento en construcción –que no sólo afecta a la rama administrativa del Derecho, lógicamente–, de un proceso de «europeización» de los ordenamientos internos y de integración «jurídica» no sólo del Derecho positivo, sino de las grandes instituciones comunes cristalizadas en los principios generales identificados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Más que construcciones teóricas alternativas, concluye acertadamente la autora, se impone una complementación de visiones y de métodos de trabajo, un ejercicio serio y riguroso de Derecho comparado, para la identificación, no tanto de normas, actuaciones o procedimientos específicos y singulares, muchas veces impuestas por la realidad cooperativa de la toma transnacional de decisiones, sino de las «*instituciones jurídicas*» basilares del ordenamiento administrativo europeo. Instituciones y conceptos necesariamente comunes y funcionales, superando «*apriorismos conceptuales propios de un específico sistema jurídico*».

<sup>11</sup> *El Ordenamiento jurídico*, traducción de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO y LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pg. 96.

<sup>12</sup> Desde una perspectiva más genérica, la doctrina más cualificada ha sostenido sin ambages la dimensión ordinal, como auténtico ordenamiento jurídico, de la Comunidad Europea, *vide*, por ejemplo, Chiti, M. P., *Derecho Administrativo Europeo*, Civitas, Madrid, 2002, pg. 77.

<sup>13</sup> Como se ha podido decir, es indudable que no existe, y no ha existido, una regulación suficiente de los pilares o basamentos constitutivos del ordenamiento jurídico comunitario, BALLESTEROS MOFFA, L. Á., *La aplicación administrativa directa del Derecho comunitario*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, pg. 16.

de referencia, etc.— que siguen matizando hoy en día el objetivo de la integración jurídica. Porque, no puede olvidarse, *cualquier* Derecho administrativo debe suponer una construcción equilibrada entre las potestades e instrumentos de la Administración y las garantías y derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las distintas manifestaciones del poder público. Es cierto que «*los molinos de la historia muelen muy lentamente*», y que el proceso de «*unión europea*» (en minúsculas), con todas sus dificultades y altibajos, exigirá muchos más decenios de consolidación del acertado camino ya elegido, pero también es verdad que una parte sustancial de este creciente Derecho comunitario, la destinada a ordenar la aplicación y ejecución de sus previsiones, debe interiorizar plenamente ya su doble dimensión de derecho del poder y derecho de limitación del poder<sup>14</sup>.

Se trataría, en definitiva, de seguir dando pasos hacia la conversión del Derecho administrativo europeo<sup>15</sup>, como conjunto de normas y principios de ordenación *formal* de la acción administrativa comunitaria —de las instituciones propias de la Unión Europea y de las Administraciones nacionales— en un Derecho administrativo *común* europeo<sup>16</sup>, sustituyendo la inicial —y todavía prevalente— visión neofuncionalista<sup>17</sup> de la Comunidad por un nuevo paradigma de auténtica «integración jurídica».

## 1.2. Integración jurídica y principio de autonomía institucional

El objetivo basilar reseñado conecta inmediatamente con las limitaciones que han podido derivar hasta ahora del principio de autonomía institucional respecto a la consolidación de un ordenamiento armonizado jurídico-administrativo y respecto a la edicción de una serie de principios jurídico-administrativos comunes<sup>18</sup>. Efectivamente, tanto la ausencia de una noción

<sup>14</sup> Sobre la caracterización del Derecho administrativo como «*Derecho del poder para la libertad*» resulta imprescindible la consulta originaria del manual de GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, Vol. I, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1995, pgs. 423 y ss.

<sup>15</sup> Pueden verse en este sentido, las consideraciones de GALERA RODRIGO, S., *El derecho a una buena administración*, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 1442.

<sup>16</sup> *Vide*, en este sentido, MORENO MOLINA, J. A., «El derecho comunitario como impulsor de la formación de un derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración Pública», *Noticias de la Unión Europea*, 169, (1999), pgs. 21 y ss.

<sup>17</sup> *Vide*, por todos, ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pg. 15.

<sup>18</sup> Como es sabido, y así ha sido señalado oportunamente, no existe aún, como complemento a la ingente labor normativa sectorial de la Unión Europea, una regulación general comunitaria sobre los procedimientos —salvando, quizás, la dimensión institucional o estática de este proceso— de ejecución del Derecho comunitario, así como de las interacciones institucionales vinculadas al mismo, *vide* MORENO MOLINA, Á. M. (1998): 43 y 71. A mi juicio, se trata de una laguna necesitada ya de integración, pero no de forma sobrevenida y deslavazada, ni sólo a través de la loable producción jurisprudencial del TJCE —siempre un recurso mediato y reaccional—, como viene sucediendo mediante la progresiva incorporación de previsiones procesales dentro de la normativa sustantiva sectorial, sino a través de la conformación de una normativa general comunitaria sobre los principios y los elementos comunes necesarios para la efectiva y viable aplicación de un Dere-

única y formal de Administración Pública en el Derecho comunitario como las posibles modulaciones del proceso de intercambio recíproco de principios e institutos jurídicos entre el Derecho comunitario y los derechos internos devienen de la garantía básica de la autonomía institucional de los Estados miembros para la aplicación indirecta del Derecho comunitario, Derecho interno común pero de ejecución descentralizada nacional. Es evidente que la combinación de la autonomía orgánica y de la autonomía procedimental en la implementación del Derecho comunitario conlleva para las Administraciones nacionales una cierta «discrecionalidad», al menos operativa<sup>19</sup>, cuya intensidad variará en función del detalle de las obligaciones normativas establecidas y de la propia naturaleza de la norma comunitaria<sup>20</sup>. Y claramente puede atisbarse que las posibles disfunciones u obstáculos a la conformación de un *ius commune* administrativo europeo, y de auténticas construcciones conceptuales comunes<sup>21</sup>, no derivan tanto de la primera dimensión orgánica o subjetiva, sino de la «libertad procedimental» de los Estados miembros para la aplicación «propia» del ordenamiento comunitario. Como se ha puesto de manifiesto por ejemplo en materia de invalidez de los actos administrativos<sup>22</sup>, pueden surgir algunas discordancias

cho que no es sólo nacional, sino comunitario-nacional, y, además, común a todos los Estados (el riesgo de diversificación jurídica y de matización nacional de un Derecho armonizado en fase legislativa, es, por tanto, evidente).

<sup>19</sup> Como dice SUAYRINCÓN, J., *Los principios inspiradores del Derecho sancionador comunitario*, en GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. (dir.), *Jornadas sobre Derecho administrativo comunitario*, Xunta de Galicia/EGAP/Montecorvo, Madrid, 2001, pg. 118, es verdad que la aplicación descentralizada del Derecho comunitario conlleva un mayor equilibrio en el diseño institucional de la Unión Europea, pero también comporta una pérdida en la «capacidad de integración».

<sup>20</sup> Vide GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2002): 38. No debe olvidarse que el propio concepto de «ejecución administrativa» del Derecho comunitario, ausente su constatación positiva y carentes de una regulación general y asentada sobre el mismo y sobre los precisos instrumentos para su materialización, ha sido pergeñado doctrinalmente desde una perspectiva laxa y flexible. Se ha entendido así que esta noción haría referencia al «conjunto de operaciones jurídicas y materiales dirigidas a aplicar, a llevar a debido término, el mandato normativo comunitario en la realidad social que pretende gobernar», MORENO MOLINA, Á. M. (1998): 33. Se trataría, por tanto, de una noción funcional, excluyente de la dimensión normativa precedente muchas veces a la pura actividad de gestión, y encauzada a conseguir, vía Administraciones internas, la materialización efectiva de los objetivos normativos comunitarios. El complejo normación-ejecución se desdobra, y la responsabilidad por la correcta ejecución de la norma comunitaria recae en las Administraciones públicas –como poderes inmediatamente ejecutivos– de los Estados miembros, en tanto agentes descentralizados de la Unión Europea. Es explicable, por todo ello, que la necesaria actividad cooperativa y el mayor grado posible de homogeneidad de ambas instancias modulen las exigencias e imperativos de los principios de primacía y efecto útil, de un lado, y de autonomía y flexibilidad decisional, de otro.

<sup>21</sup> Como poco a poco, pero gracias sobre todo a la labor pretoriana del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, está sucediendo con conceptos e instituciones clave –con proyección indudable e inmediata sobre los ordenamientos internos– como el propio de Administración Pública (o ente público), la función o el empleo público o la actividad contractual de la Administración.

<sup>22</sup> Vide GARCÍA URETA, A., *Procedimiento administrativo y Derecho comunitario. Silencio administrativo, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992, IVAP, Oñati, 2002.*

entre los principios de primacía y uniformidad del Derecho comunitario y de autonomía procedimental de los Estados miembros<sup>23</sup>, en tanto que la cobertura procedimental articulada a nivel interno puede no responder adecuadamente a las necesidades materiales engarzadas en la norma comunitaria. En otras palabras, la diversidad procedimental de los sistemas internos puede distorsionar –con mayor o menor intensidad– la unidad sustantiva de la regulación comunitaria uniforme. Y aunque es evidente que este principio de autonomía procedimental es una exigencia formal derivada del sistema comunitario de aplicación descentralizada del Derecho comunitario, no puede entenderse en ningún caso como un principio o una regla absoluta<sup>24</sup>, como cada vez más se pone de manifiesto a través de la incorporación de previsiones procesales –de imposición directa o con condicionamientos mediatos– dentro de las propias normas sustantivas comunitarias. Como se ha dicho, el principio de autonomía –enarbolable desde una visión cuasi-federalista del proceso de integración– debe conciliarse, en un escenario de necesaria cooperación ordinamental, con la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho comunitario<sup>25</sup>.

Además, el desarrollo propiamente legislativo, es decir, la normación general a nivel comunitario, de este Derecho administrativo europeo ha sido muy deficiente si lo comparamos con la normativa sectorial de incidencia en los distintos ámbitos de la acción administrativa interna<sup>26</sup>, de acuerdo con las características del modelo-control adoptado inicialmente por los Tratados comunitarios. No existe, así, como bien se ha puesto de manifiesto, una norma general comunitaria sobre el procedimiento administrativo, cauce esencial de actuación del Derecho comunitario e interno y meca-

<sup>23</sup> Por eso, y lejos aún de la deseable «unificación jurídica» de ambas instancias de poder, es necesario seguir hablando hoy en día de una situación de «interconexión de ordenamientos jurídicos», como hace, entre otros, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, por ejemplo en la pg. 67.

<sup>24</sup> Vide, por ejemplo, GARCÍA URETA, A., *Procedimiento administrativo y Derecho comunitario. Silencio administrativo, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992*, IVAP, Oñati, 2002 pg. 19; ALONSO GARCÍA, R., «La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, 121 (1990), pg. 214 y MUÑOZ MACHADO, S., *Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española*, en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pg. 517. Como dice expresamente MORENO MOLINA, J. A. (1999): 351, «la autonomía institucional y procedimental de que gozan las Administraciones nacionales a la hora de aplicar el ordenamiento comunitario encuentra sus límites en los principios del efecto directo, de la primacía y de la aplicación uniforme del Derecho comunitario».

<sup>25</sup> Vide MORENO MOLINA, Á. M. (1998): 50 y 52. Sobre el principio de «aplicación uniforme» como límite a los poderes nacionales, puede verse GIL IBÁÑEZ, A. J., *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP, Madrid, 1998, pgs. 74 y ss.

<sup>26</sup> Los parámetros fundamentales del sistema de ejecución normativa dentro del entramado institucional comunitario pueden consultarse en ALONSO GARCÍA, R. (2007): 61 y ss.

nismo básico de articulación de las garantías de participación y defensa de los interesados<sup>27</sup>.

### 1.3. La superación de las deficiencias de armonización a través de la incorporación de previsiones procesales en la normativa comunitaria

La tensión apuntada entre el objetivo basilar de uniformidad del Derecho comunitario, primacía de sus previsiones y construcción de un auténtico Derecho administrativo común, de un lado<sup>28</sup>, y las modulaciones internas derivadas del principio de autonomía procedimental<sup>29</sup>, de otro, ha intentado solucionarse parcialmente mediante la incorporación de la dimensión procedimental a la regulación sectorial comunitaria. Muchas normas comunitarias contienen actualmente, junto con la propia y lógica regulación sustantiva, determinadas previsiones de carácter procesal o procedimental, cuando no los procedimientos administrativos íntegros de aplicación, vinculantes, en la tarea de aplicación interna del Derecho comunitario, para los órganos administrativos internos (sin olvidar, evidentemente, la incontestable existencia de éstos «*procedimientos administrativos comunitarios*» –podría decirse «*strictu sensu*»– en los supuestos de aplicación directa del Derecho europeo<sup>30</sup>. Existe, por tanto, al hilo de un progresivo desbordamiento del principio clásico de atribución, no sólo una primacía del Derecho sustantivo, sino, a veces, del Derecho procesal necesario para su articulación<sup>31</sup>, pudiendo chocar, en este sentido, con el necesario margen de maniobra

<sup>27</sup> Vide ESTELLA DE NORIEGA, A., *Aspectos introductorios relativos al Derecho administrativo comunitario*, en PAREJO ALFONSO, L.; DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.; MORENO MOLINA, Á. M. y ESTELLA DE NORIEGA, A., *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pgs. 25-26; GALERA RODRIGO, S., *El derecho a una buena administración*, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 1448.

<sup>28</sup> Sobre las dificultades de implementación del principio de «aplicación uniforme» en materia de control y ejecución del Derecho comunitario, puede verse, en general, la obra de GIL IBÁÑEZ, A. J., *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP, Madrid, 1998.

<sup>29</sup> Se ha hablado en este sentido de que, por motivo de la prevalencia de los principios de eficacia y efecto útil del Derecho comunitario, la construcción teórica de la autonomía procedimental de los Estados miembros se puede hallar en un estado realmente «desfalleciente»: «*Esta específica debilidad del principio de autonomía (particularmente en su dimensión procedimental) es corolario lógico –de nuevo– del proceso de integración mismo, pues la progresión de y el cumplimiento por éste de sus objetivos tiene como presupuesto la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho comunitario*», PAREJO ALFONSO, L., Prólogo del libro de MORENO MOLINA, Á. M., *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pg. 11.

<sup>30</sup> Vide, por ejemplo, BALLESTEROS MOFFA, L. Á. (2002): 70 y ss.

<sup>31</sup> Así lo expresó tempranamente el profesor BARNÉS, J. (1993): 51: «*El Derecho material y formal de los Estados miembros rige, por consecuencia, en la medida en que el Derecho comunitario –incluidos sus principios generales– no disponga de una norma aplicable al problema de que se trate*».

procedimental de las autoridades internas<sup>32</sup>. Esta incorporación de previsiones instrumentales<sup>33</sup>, y, en ocasiones, la propia sustitución de los mecanismos procesales internos, ha conducido a la doctrina a cuestionarse, incluso, la pervivencia y reconocibilidad actual del principio de autonomía procedimental<sup>34</sup>.

El problema no consiste sólo en la, a menudo forzada, argumentación competencial de las instituciones comunitarias para la emanación de normas procedimentales vinculantes respecto a la actividad de ejecución de los poderes públicos internos, sino, fundamentalmente, en que esta «comunitarización» de los procedimientos sectoriales, rodeada muchas veces de una compleja articulación cooperativa entre las instancias comunitarias e internas concurrentes<sup>35</sup>, en ningún caso puede menoscabar los derechos mínimos de defensa de los interesados, primando la facilitación de las potestades públicas y la consecución de los objetivos de primacía y efecto útil del Derecho comunitario sobre los instrumentos de participación y garantía reconocidos internamente a los interesados en los procedimientos<sup>36</sup>. Como se ha dicho, asistimos al nacimiento de una nueva Administración, de naturaleza mixta, «en donde se insertan órganos nacionales y comunitarios en procedimientos que, para garantizar la unidad de acción administrativa, imponen decisiones respecto de las que resulta difícil articular las garantías ciudadanas»<sup>37</sup>. Estos nuevos rasgos

<sup>32</sup> Realmente, la compleja cuestión de la compaginación entre el Derecho comunitario (procesal) y los Derechos internos procedimentales había sido puesta de manifiesto hace ya algún tiempo por la mejor doctrina española, destacando GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1993, pg. 602.

<sup>33</sup> Vide, por ejemplo, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «La repercusión en los procedimientos administrativos del Derecho comunitario», *Boletín Aranzadi Administrativo*, 13 (2000).

<sup>34</sup> Vide, por ejemplo, el estudio crítico de GALERA RODRIGO, S., *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración Mixta: tercera vía de aplicación*, IAAP/Civitas, Madrid, 1998, pgs. 31 y ss.

<sup>35</sup> Se ha podido decir, muy gráficamente, que esta realidad de superposición de estructuras y centros de decisión política y administrativa se asemeja a una «mancha de aceite» que invade prácticamente todos los intersticios y nódulos de cohesión de los sistemas internos, vide URLARTE TORREALDAY, R., «Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la Constitución española y en el Proyecto constitucional europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4, (2005), pg. 340.

<sup>36</sup> El objetivo del proceso de integración procedimental debe ser, por el contrario, la efectiva conjugación de ambos vectores, tal y como tempranamente supo manifestar la jurisprudencia comunitaria. Efectivamente, la fijación progresiva por el TJCE de los principios generales comunitarios del procedimiento administrativo, inspirándose en los ordenamientos nacionales, ha tenido como eje directriz la vertebración, desde la diversidad nacional de regulaciones procedimentales singulares y específicas, de un estándar común obligatorio de reglas de comportamiento –pautas de una actuación uniforme y eficaz del Derecho comunitario–, de un lado, y de garantías ineluctables, de otro, oponibles frente a la actuación de la Administración, MUÑOZ MACHADO, S., *Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española*, en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pg. 510.

<sup>37</sup> GALERA RODRIGO, S. (1998): 22.

de complejidad, cooperación orgánica, transnacionalización de los efectos de los actos jurídicos, imposición de trámites de instrucción, etc., son claramente perceptibles en sectores específicos de armonización material comunitaria y centralización de las decisiones sobre materias sensibles o problemáticas, como es el caso de la policía sanitaria dentro del marco de la agricultura, de la normativa general sobre seguridad alimentaria<sup>38</sup>, sobre autorización y control de productos fitosanitarios<sup>39</sup>, sobre comercialización de organismos manipulados genéticamente<sup>40</sup>, o de los procedimientos comunitarios de autorización de medicamentos y productos farmacéuticos<sup>41</sup>, de sustancias y preparados peligrosos<sup>42</sup>, etc.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, las cuestiones más relevantes de este nuevo fenómeno de «cooperación procesal», que enlaza directamente a instituciones y órganos –comunitarios e internos– con los particulares interesados, son, indudablemente, los problemas de articulación y compaginación con las exigencias procesales y sustantivas internas, y con las propias categorías jurídicas de los ordenamientos internos, y de garantía suficiente de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. La concurrencia orgánica y funcional, el propio desdoblamiento de las instituciones públicas internas –que actuarán unas veces como agentes descentralizados de la Unión Europea y otras como poderes públicos internos–, el incremento de la complejidad de los procedimientos de decisión última comunitaria, la progresiva apertura de la participación activa y determinante de las autoridades competentes del resto de Estados miembros etc., llevan a cuestionar, en los supuestos de gestión indirecta de la normativa comunitaria, la auténtica línea de separación entre las instituciones comunitarias e

<sup>38</sup> Puede verse como norma básica de referencia el actual Reglamento (CE) 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

<sup>39</sup> Directiva 91/414/CEE, del Consejo, de 15 de julio, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios.

<sup>40</sup> Las dos últimas normas de carácter general y que han venido a completar el sistema jurídico-biotecnológico de la Unión Europea, y que constituyen, por lo demás, un buen ejemplo de la comentada «comunitarización» de los procedimientos de intervención y control a nivel europeo son el Reglamento (CE) 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente y el Reglamento (CE) 1830/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, relativo a la trazabilidad y al etiquetado de organismos modificados genéticamente y a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de éstos, y por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE.

<sup>41</sup> Reglamento (CE) 726/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos.

<sup>42</sup> Directiva 76/769/CEE del Consejo de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos.

internas<sup>43</sup> e incluso la subsistencia de instituciones internas tradicionales –y legalmente necesarias– como la propia del procedimiento administrativo, cuando la decisión última interna depende muchas veces de la previa y vinculante resolución a nivel comunitario –hablándose así, y refiriéndonos al ejercicio de una auténtica competencia y potestad interna, de actos debidos o competencias regladas–, o del acto administrativo<sup>44</sup>, cuando su eficacia territorial trasciende el propio ámbito competencial de la Administración correspondiente<sup>45</sup>.

Todo ello ha llevado a algunos autores a cuestionar la argumentación doctri-

<sup>43</sup> Como se ha podido decir, la figura clásica de la separación de ordenamientos es, hoy en día, sólo un «espejismo», BORRAJO INIESTA, I., *Segunda Mesa Redonda: Los Tribunales Constitucionales ante el Derecho comunitario*, en *La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 95, (2006), pg. 241. Para una revisión de la «sorprendente» doctrina del TC sobre la exclusión del Derecho comunitario del bloque o sistema interno de constitucionalidad, vide GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Derecho comunitario y doctrina del Tribunal Constitucional español*, en SOSA WAGNER, F. (COORD.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pg. 251 y ss.

<sup>44</sup> Sobre la discutible adaptación de la construcción interna tradicional del acto administrativo, como eje de la actuación administrativa y como único referente de impugnación de los ciudadanos («potestades de autotutela»), en relación con los nuevos postulados del Derecho administrativo comunitario, puede verse GONZÁLEZ MARIÑAS, P., «La influencia del Derecho comunitario europeo en la teoría tradicional del acto administrativo», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 324 (2005), especialmente pgs. 21-22.

<sup>45</sup> Un ejemplo de este tipo de distorsiones procedimentales puede encontrarse, como se ha apuntado más arriba, en la normativa sobre comercialización de Organismos Modificados Genéticamente, especialmente en el Reglamento (CE) 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente, parcial y dudosamente transpuesto, dada su naturaleza de aplicación directa, mediante el Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente. El procedimiento de comercialización es especialmente complejo y desconcertante. Y lo más discutible es que la aprobación sobrevenida comunitaria de un nuevo alimento o pienso supone la transformación de un procedimiento de control interno y el desapoderamiento de las facultades de intervención y decisión última de la propia Administración interna competente, puesto que, como se establece expresamente a nivel interno, la Administración estatal –constitucionalmente competente para este tipo de intervenciones preventivas– no podrá otorgar la correspondiente autorización sin la previa aprobación de la Unión Europea. Al margen de algunos trámites de cooperación supraestatal de dudosa operatividad, como el llamado «procedimiento de mediación» para la resolución de las objeciones interpuestas por otros Estados miembros, esta «jerarquía de voluntades» puede conllevar más problemas interpretativos, como los referentes al órgano responsable por la decisión material final o al margen efectivo de maniobra del Estado solicitante respecto de la resolución final del procedimiento autorizatorio –un Estado que puede haber emitido un informe inicial negativo, pero que puede verse obligado al final a autorizar el producto–. Para profundizar en esta materia, puede verse MELLADO RUIZ, L., *Bioseguridad y Derecho. La Administración ante los riesgos de la tecnología de la vida*, Comares, Granada, 2004.

nal elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas justificando esta concurrencia orgánica y funcional desde el principio genérico de la «cooperación interadministrativa»<sup>46</sup>, sosteniéndose que, en estos supuestos de confluencia de dos voluntades distintas y de transformación sobrevinida de los procedimientos internos en comunitarios<sup>47</sup>, no puede hablarse de una relación de cooperación ni de coordinación, desde parámetros de igualdad, sino de dirección y control –por parte de las instituciones comunitarias–. Se habla, así, de situaciones de «jerarquía imperfecta»,

<sup>46</sup> A favor del mantenimiento del binomio, más o menos clásico, de relaciones institucionales entre el Derecho comunitario y los derechos internos (que distinguiría entre las relaciones de simple comunicación o notificación y las relaciones, más intensas, de cooperación), se manifiesta, por ejemplo, MORENO MOLINA, Á. M. (1998): 73. No obstante, el propio autor realiza alguna matización reseñable sobre el esquema teórico pergeñado, lo que permite conectar con las dudas y replanteamientos doctrinales avanzados en el texto, puesto que, como señala, en determinados sectores, la «*cooperación es necesaria para salvaguardar valores o intereses que van más allá del aseguramiento de la efectividad de la legislación comunitaria y que son de interés común a los ciudadanos de todos los Estados miembros*» (pg. 78). Es posible que en estos sectores se pueda seguir hablando, al menos formalmente de cooperación, pero los bienes jurídicos protegidos, comunes y esenciales para todos los ciudadanos, y no reconducibles solamente a la efectiva y uniforme aplicación del Derecho comunitario (en definitiva, la satisfacción del *interés general objetivo* del Derecho comunitario), demandan, y están consiguiendo, una regulación comunitaria cada vez más exhaustiva y precisa, y, consiguientemente, una priorización, cuajada de dudas y problemas interpretativos para el Derecho interno, de la producción normativa comunitaria.

<sup>47</sup> En realidad, parece difícil poder trasladar categorías y clasificaciones propias de un ordenamiento interno como el español al ámbito comunitario, y, más concretamente, a la cuestión de estos procedimientos compuestos de intervención cooperativa. Según GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, Vol. III, Eunsa, Pamplona, 1997, pgs. 540 y ss., podría distinguirse, por la estructura del procedimiento, entre los siguientes: *procedimientos integrados o complejos*, en los que diversos y, en principio independientes, procedimientos administrativos se integran o concatenan para conseguir un determinado fin público u objetivo material; *procedimientos bifásicos*, en los que existe una intervención sucesiva de dos organizaciones administrativas distintas; y *procedimientos interdependientes*, categoría genérica referida a la concurrencia causal de varios procedimientos –incluyéndose aquí los procedimientos de revisión, de ejecución y de facilitación–. Los supuestos, cada vez más numerosos, de procedimientos compuestos comunitarios no pueden encajarse, indubitadamente, en una de estas categorías teóricas. En realidad, no suele haber diversos procedimientos interconectados, sino un procedimiento matriz o marco, en donde se insertan subprocedimientos, no simples trámites procesales, a realizar en el ámbito comunitario o nacional. Pero este procedimiento matriz no se inicia por las autoridades comunitarias, sino por los órganos internos constitucionalmente competentes, pudiendo resolverse, formal o materialmente, por los órganos comunitarios o, lo que sería lógico, por los propios órganos administrativos internos competentes. En medio, lo que sí existe es una intervención plural, no sólo bifásica, pero no de órganos o administraciones internas, sino de órganos nacionales –estatales o regionales–, comunitarios e, incluso, de los demás Estados miembros interesados. La noción más ajustada parece ser, por tanto, la de procedimientos integrados, compuestos o interdependientes, en los que el hilo conductor, el fin legitimador, no son las facultades de control, revisión o ejecución, sino, más claramente, el propósito de integración orgánica, y sobre todo, funcional, para la resolución participativa de procedimientos con efectos supranacionales.

ejercida por una Administración mixta o dual, cuyo fin principal es conseguir una unidad de acción de ámbito comunitario<sup>48</sup>.

Ahora bien, una cosa puede ser la aceptación de esta «tercera vía de aplicación», como mecanismo formal y necesario de gestión cooperativa de supuestos singulares de aplicación, y otra el reconocimiento dogmático de una auténtica Administración mixta o compleja, cuando lo que en verdad se produce es una intervención sucesiva o paralela de órganos comunitarios e internos, y de funciones distintas de unos y otros –dada la ambivalente naturaleza jurídica de la Administración interna «comunitaria»–. Como dice Luis Arroyo, los procedimientos compuestos europeos persiguen una finalidad última: la adopción de una única y sola decisión comunitaria en la que se concreta el interés general de la Comunidad, pero ello con independencia de que en el seno del procedimiento comunitario se desarrollen otros procedimientos de carácter nacional de los que puede llegar a depender la decisión final<sup>49</sup>. Hay, pues, una confluencia desformalizada de procedimientos y una intervención plural de órganos «materialmente» administrativos, pero no, al menos no en todos los ámbitos, la articulación de una nueva Administración mixta, responsable única y en última instancia de la decisión final –muchas veces inserta en la resolución administrativa interna de finalización del procedimiento autorizatorio–. Por ello, parece más adecuado adoptar una perspectiva operativa y funcional, y hablar, como hace el autor citado, de interrelación procesal o de coadministración<sup>50</sup>.

Pese a las amplias y poco clarificadas facultades de predeterminación de la decisión final, este objetivo subyacente de cooperación funcional y de coadministración se aleja algo de las típicas relaciones de jerarquía y control –difícilmente reconducibles al todavía prevalente criterio de la competencia para la ordenación de las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros–. No puede haber una estricta relación de jerarquía, ni siquiera imperfecta, entre las instituciones comunitarias, orientadas a la consecución de los objetivos comunes, a la materialización de los fines de la Comunidad y la gestión funcional de su propio ámbito de intereses –bien es verdad, que cada vez más difuminada respecto a las esferas nacionales– y los poderes públicos internos, Administración diferenciada, material e institucionalmente competente para la resolución de muchos de estos procedimientos compuestos y «teóricamente» autónoma en la edicción de las decisiones finales. Como mucho, cabría hablar de una cierta *supremacía material*, pero no de jerarquía entre organizaciones administrativas distintas, dotadas en principio de autonomía decisional, articulada en torno al posible condicio-

<sup>48</sup> Vide GALERA RODRIGO, S. (1998): 81-82.

<sup>49</sup> ARROYO JIMÉNEZ, L., *La ejecución administrativa del Derecho comunitario: gestión indirecta y procedimientos compuestos*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.), *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pg. 86.

<sup>50</sup> De todas formas, como sigue diciendo el autor, la Administración mixta es un término acuñado por LOUIS para designar, en realidad, el fenómeno material –no tanto institucional– de la ejecución conjunta del Derecho comunitario por parte de la Administración comunitaria y la Administración nacional, ARROYO JIMÉNEZ, L. (2005): 87.

namiento, en base a los intereses superiores comunitarios, de la decisión interna final.

La creciente esquizofrenia de la Administración comunitaria –una Administración interna que lo mismo actúa como tal y como Administración europea<sup>51</sup>–, la propia superación de las construcciones teóricas y jurisprudenciales iniciales de las instituciones comunitarias para justificar y orientar el proceso de integración –ahora ya de auténtica conmixción de ordenamientos–, la crisis del modelo de gestión indirecta por la difuminación de la frontera entre los intereses propiamente comunitarios y los intereses nacionales (la llamada «teoría de las dos esferas») y el desbordamiento de los instrumentos procesales internos para dar respuesta adecuada a la acción única comunitaria y a la intervención cooperativa de las distintas instancias de poder –junto a la posible afección a las garantías de defensa de los interesados– parecen abocar, como se ha dicho finalmente, hacia situaciones críticas de *incertidumbre jurídica*, y, más grave aún, hacia estados de «*oscurantismo, ignorancia y desconocimiento*»<sup>52</sup>.

#### 1.4. La contribución de los principios generales del Derecho administrativo comunitario

Quizás la solución a los problemas estructurales apuntados pase por una consolidación definitiva del Derecho administrativo de naturaleza comunitaria como Derecho único y común europeo, no sólo como conjunto sectorial normativo, de gestación y evolución recíprocas y de jerarquía normativa superior, sino como un *ordenamiento* o *sistema jurídico propio*. Se trataría, como se ha dicho, de relegar las fórmulas y los criterios hermenéuticos propios de los sistemas internos, necesariamente convencionales y heterogéneos, por un enfoque y una caracterización exclusivamente comunitarios<sup>53</sup>, desde un punto de vista esencialmente funcional. El Derecho administrativo comunitario sería un subsistema –seguramente el más importante– dentro del orden o *constitución material* –normativamente establecidos– de la Unión Europea<sup>54</sup>. Y su caracterización precisa como sistema jurídico implicaría la

<sup>51</sup> Vide JORDANO FRAGA, J. (2000): 182.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pg. 93.

<sup>53</sup> Vide, en este sentido, por ejemplo, el comentario al estudio pionero de SCHWARZE, L., *European Administrative Law* realizado por Díez-PICAZO, L. M., «La formación de un Derecho administrativo europeo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 37 (1993), pgs. 297 y ss.

<sup>54</sup> Puede verse en este sentido el análisis aproximativo que realiza PAREJO ALFONSO, L., *Los principios generales del Derecho administrativo comunitario*, en PAREJO ALFONSO, L.; DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.; MORENO MOLINA, A. M. y ESTELLA DE NORIEGA, A. (2000): 39. En este mismo sentido, alguna autora ha hablado directamente de la existencia de «una base constitucional que fundamenta, vertebra y da coherencia al ordenamiento comunitario», CAMBA CONSTENLA, C., *La Constitución de la Comunidad Europea entre necesidad y realidad*, en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pg. 286.

desintegración del binomio Derecho comunitario administrativo-Derecho interno administrativo, en tanto sistema único, inteligible y de proyección supraestatal<sup>55</sup>.

Los elementos materiales de cohesión y uniformidad de tal sistema, la «*superestructura funcional*»<sup>56</sup>, serían los *principios generales del Derecho administrativo comunitario*, entendidos, siguiendo la senda interpretativa del TJCE<sup>57</sup>, como las reglas fundamentales o básicas, escritas o no, del conjunto normativo de referencia<sup>58</sup>. Estrictamente hablando, no se trataría, por tanto, de los principios basilares del Derecho comunitario administrativo, sino del *Derecho administrativo europeo*, como conjunto armonizado de previsiones, comunitarias e

<sup>55</sup> Conviene tener en cuenta, no obstante, que el logro de una auténtica «unión jurídica» de los ordenamientos europeos parece aún bastante lejano. El nuevo Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, y publicado en el DOCE el 17 de diciembre, sigue consagrando como principios generales del orden comunitario, desde el tradicional esquema dual, el de atribución competencial –«*toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros*» (art. 3 bis, 1)–, el de ejecución indirecta –«*Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión*» (art. 3 bis, 3), y los de subsidiariedad y proporcionalidad, en el ejercicio de las competencias de la Unión (nuevo art. 3 ter). Para un acercamiento a las diversas cuestiones suscitadas por el principio de subsidiariedad en el marco relacional entablado entre la Comunidad Europea y los Estados miembros, pueden verse, entre muchos otros, los estudios de RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Cuatro estudios de Derecho administrativo europeo. Derechos fundamentales, subsidiariedad, subvenciones y Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1999, pg. 17 y ss. y MERINO MERCHÁN, J. F., *Principio de subsidiariedad en la Constitución Europea*, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dirs.) (2004): 517 y ss.

<sup>56</sup> BALLESTEROS MOFFA, L. Á. (2002): 111.

<sup>57</sup> Vide, en este sentido, ROBLES MORCHÓN, G., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1988, pg. 105, anticipando la conexión entre los principios generales del Derecho y los valores «comunes» comunitarios.

<sup>58</sup> Como recuerda MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M., «Los principios generales del Derecho Comunitario. En particular, los principios de efecto directo y primacía», *Noticias de la Unión Europea*, 179, (1999), pg. 24, la jurisprudencia comunitaria ha venido calificando a los principios generales como la base del sistema institucional de la Comunidad y de las propias relaciones entre la misma y los Estados miembros. Pero, obviamente, esta naturaleza formal y relacional, válida en un primer momento de auténtica gestión del sistema jurídico comunitario, ha de entenderse hoy en día completada con la dimensión propiamente material o sustantiva de tales principios generales. No se trata sólo de reglas institucionales o programáticas, o de criterios de «articulación ordinal», sin contenido material propio, sino de auténticos *principios jurídicos*. El ordenamiento comunitario cuenta ya, sobre todo por la ingente labor del TJCE, con una serie de principios que dotan al sistema, aparte de su evidente función correctora e interpretativa, de «*progresión y coherencia*», por su inherente carga material, por su función directamente orientada a la resolución de conflictos jurídicos y por su enorme viabilidad como elementos transversales de integración normativa. Vide, en este sentido, distinguiendo entre principios fundamentales y principios generales del Derecho, CHUECA SANCHO, A., «Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 10, 3 (1983), pg. 868.

internas<sup>59</sup>, de aplicación directa y uniforme en los distintos Estados miembros de la Comunidad<sup>60</sup>.

Este cambio de paradigma, desde una dualidad superpuesta de ordenamientos a una unidad normativa, principal y axiológica, encauzadora de una aplicación uniforme del Derecho comunitario, enlaza con la consideración actual uniforme del sistema de derechos fundamentales. Efectivamente, el logro de una auténtica «integración jurídica» debería orientarse fundamentalmente a la defensa de los ciudadanos en sus relaciones con las instituciones públicas. Y, como se ha afirmado, los derechos fundamentales son hoy, para el Derecho español, un conjunto homogéneo y unitario: «*El contenido de nuestros derechos y libertades constitucionales es, por tanto, el resultado de la conjunción de su definición constitucional con la definición realizada por los sistemas externos de los que formamos parte, siendo esta última la que prevalecerá en caso de conflicto o contradicción*»<sup>61</sup>. En materia de derechos fundamentales no hay, pues, una dualidad ordinamental –estatal y comunitaria–, ni una mera atribución constitucional para el ejercicio singular de competencias (principios de atribución y de cesión de parcelas de soberanía)<sup>62</sup>, de acuerdo con el

<sup>59</sup> En este sentido se manifiesta, por ejemplo, MORENO MOLINA, J. A., «La Administración Pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un Derecho administrativo europeo común», *Revista de Administración Pública*, 148 (1999), pg. 341.

<sup>60</sup> Es verdad, como ha venido recordando el TJCE, que el Derecho comunitario se diferencia, con una existencia singular y propia, del Derecho interno de los Estados miembros, en tanto que no puede afirmarse, al contrario de lo que ha sucedido respecto de otras dimensiones del proceso de integración europea, que exista por ahora una auténtica «integración jurídica». Siguen existiendo dos planos normativos, cada vez más solapados e interpuestos, y una serie de reglas de articulación ordinamental. Pero también es verdad, y así lo demuestra el proceso de integración sectorial, la misma evolución armonizadora de las políticas comunitarias y la tendencia simplificadora del sistema de fuentes, que no se trata, ni se ha tratado nunca, de una separación absoluta, precisamente porque la misma transferencia de potestades supone la asunción implícita de que el Derecho comunitario, al menos desde una óptica interna, forma parte del Derecho interno. *Vide*, en este sentido, entre otros, MOLINA DEL POZA, C. F. (1982): 16 y ss. A la capacidad integradora de los principios generales del sistema jurídico comunitario se ha referido también, desde la perspectiva de la existencia de un «Derecho constitucional material europeo común», ÁLVAREZ CONDE, E., *Prólogo* de la obra ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 21. Por su parte, y ratificando lo anterior, ha señalado ALONSO GARCÍA, R. (2007): 119, que «una vez elaborado por el Tribunal de Justicia un principio general de Derecho comunitario, éste se impone no sólo a las instituciones comunitarias, sino a las autoridades de los Estados miembros en cuanto ejecutoras del Derecho comunitario [...], lo que implica que los principios generales comunitarios actúan como Derecho uniformador o en su caso armonizador de los Derechos internos en los sectores comunitarizados».

<sup>61</sup> ASTOLA MADARIAGA, J., «Los principios generales del Derecho comunitario y la garantía de los derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 52 (1998), pg. 80.

<sup>62</sup> Como se ha puesto de manifiesto, ni siquiera con la positivización constitucional a nivel comunitario de una serie de derechos fundamentales, a partir de la categoría genérica de los principios generales del ordenamiento comunitario, ha podido sostenerse la existencia de un sistema autónomo de los mismos a nivel europeo, puesto que su «constitucionalización» ha carecido, hasta ahora, de efectos competenciales, *vide* BALA-

principio-marco del art. 93 CE, sino una aparente «unificación jurídica», un «*standard europeo común*»<sup>63</sup>, correctores del mero criterio interpretativo recogido en el art. 10.2 CE. El nuevo art. 6 TUE (según el art. 1.8 del Tratado de Lisboa) ratifica el carácter normativo y fundamental de los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, otorgándole, aún sin efectos competenciales directos, el «*mismo valor jurídico que los Tratados*». Este conjunto de derechos y principios prevalecen, pues, sobre los sistemas internos, pero es que además son, no meros criterios orientativos para la aplicación de las normas constitucionales internas, sino auténtico Derecho interno. A partir de aquí, las cosas siguen sin aclararse, porque, como dice el nuevo art. 6.3, «*los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*»<sup>64</sup>. La formulación, realmente ambigua y abstracta, sigue discriminando entre categorías realmente homogéneas o próximas. Son *derechos fundamentales* los recogidos así en la Carta, y son *principios generales* los no asumidos formalmente, que, tanto por su contenido como por su ubicación formal<sup>65</sup>, pueden ser igualmente derechos fundamentales (al menos desde una perspectiva material). Los primeros son Derecho originario, y se imponen sobre los ordenamientos internos, y los segundos forman parte, como meros principios generales, del Derecho derivado de la Unión. Más allá del convencionalismo de esta distinción formal, y de la propia imposibilidad de deslindar la operatividad real de principios fundamentales tanto del orden comunitario como interno, lo importante hubiera sido consagrar unos criterios definitivos de sistematización e integración jurídica de las bases fundamentales del orden público comunitario –sin distinción del documento formal de recepción o de la fuente de emisión<sup>66</sup>–, superador del casuismo propio de su configuración pretoriana.

GUER CALLEJÓN, F., «La configuración normativa de principios y derechos constitucionales. La Constitución Europea», *Revista de Derecho constitucional europeo*, 4, (2005), pg. 111.

<sup>63</sup> MORENO MOLINA, J. A., «La Administración Pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un Derecho administrativo europeo común», *Revista de Administración Pública*, 148, (1999), pg. 344.

<sup>64</sup> Asumiendo la arraigada jurisprudencia de corte «proteccionista», frente al enfoque «inhibicionista» anterior, inaugurada por la Sentencia *Stauder* de 12 de noviembre de 1969, *vide* PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, especialmente pgs. 23 y ss.; HERMIDA DEL LLANO, C., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Madrid, 2005, pgs. 85 y ss.; y el exhaustivo estudio de ROBLES MORCHÓN, G., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1988, especialmente pgs. 43 y ss.

<sup>65</sup> Este segundo tipo vendría a constituir, en la sistematización que realiza Chiti, M. P. (2002): 130, el conjunto de principios generales de carácter administrativo.

<sup>66</sup> Con acierto se ha referido a la relativa insuficiencia de la construcción jurisprudencial comunitaria del sistema de reglas principales y a la denostable indefinición de sus variadas manifestaciones el profesor FERNÁNDEZ MARÍN, F., *La tutela de la Unión Europea al contribuyente en el intercambio de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2007, pgs. 86-87.

Además, desde la perspectiva que interesa a este estudio, el problema que se presenta es el siguiente: si todos los derechos y principios recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales tienen el mismo valor normativo que los Tratados, y son, por tanto, de aplicación inmediata y prevalente en los ordenamientos internos, ¿cuál será la viabilidad material de un principio como el de «buena administración» que en nuestro sistema constitucional no tiene ni la categoría de derecho fundamental ni una recepción positiva de carácter genérico? ¿Puede coadyuvar la recepción –o, en realidad, el reconocimiento– de este principio, desde el enfoque de integración jurídica reseñado, a solucionar algunos de los problemas derivados de la tensión entre la aplicación indirecta del Derecho comunitario y la libertad procedimental de los Estados miembros? ¿Cuál es la verdadera naturaleza jurídica de este principio-derecho según nuestro ordenamiento interno? Al intento de contestación de estos interrogantes se dedican los siguientes epígrafes de este estudio.

## **2. INCIDENCIA COMUNITARIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PRINCIPIO GENERAL DE BUENA ADMINISTRACIÓN**

### **2.1. Nuevos enfoques sobre el concepto y la actuación procedimental de los poderes públicos en el mercado interior**

Como se ha dicho, y resumiendo lo expuesto en los apartados precedentes, la construcción del Derecho administrativo europeo se viene asentando tanto en las políticas «administrativas» estructurales comunitarias como en el condicionamiento comunitario –material y formal– de las políticas «administrativas» estatales<sup>67</sup>, con una evidente y cada vez mayor repercusión en los Derechos administrativos específicos de los Estados miembros, «*visible especialmente en el campo de los principios generales (incluso los referidos a materia tan «interna» como el procedimiento administrativo)*»<sup>68</sup>. Asistimos, pues, a una progresiva «comunitarización» de los procedimientos administrativos internos, cuyos principios basilares se encuentran cada vez más condicionados

<sup>67</sup> En realidad, esta interacción recíproca, en constante progreso y evolución, está conduciendo a la creación de un «nuevo» Derecho administrativo, fruto de una progresiva fragmentación de los poderes públicos internos y de una correlativa potenciación de las políticas «administrativas» comunitarias. Como ha apuntado lúcidamente M. P.Chiti, «*habiendo nacido como una expresión típica de la soberanía de los Estados y de las particularidades culturales e institucionales de cada país, el Derecho Administrativo se ha abierto de forma progresiva a fenómenos de hibridación y convergencia, para posteriormente convertirse en la principal columna jurídica del sistema comunitario europeo, connotándose en el marco de la Unión como un derecho típico de la supranacionalidad*», *Derecho Administrativo Europeo*, Civitas, 2002, prólogo a la edición española, pg. 13.

<sup>68</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Prólogo* al libro de MORENO MOLINA, A. M., *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pg. 8.

por la normativa y por la jurisprudencia comunitarias<sup>69</sup>. La propia calificación de la Comunidad Europea como «*Comunidad de Derecho administrativo*» responde a la constatación del carácter «materialmente» administrativo del grueso de las políticas comunitarias, así como, en lo que interesa a este estudio, a la creciente regulación comunitaria del procedimiento administrativo, ya a través de la formulación de principios generales, de la articulación de procedimientos específicos novedosos y armonizados (p. e. en materia de contratación pública) o, en fin, del fortalecimiento de la garantía de las posiciones jurídicas fundamentales de los interesados, tanto en el desarrollo de la acción administrativa (p. e. en materia de medidas cautelares) como en la eventual reacción jurisdiccional respecto de los actos administrativos<sup>70</sup>.

Ahora bien, este proceso de «*integración o estandarización*» de naturaleza procesal se encuentra hoy en día mediatizado, desde otro polo de tensión, por la creciente orientación flexibilizadora de lo que puede llegar a ser el «nuevo Derecho administrativo comunitario». Efectivamente, tras varios años de discusiones, la nueva e importante Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, ha venido a constituir un punto de inflexión en la configuración comunitaria de la actividad prestacional administrativa interna. La profundización en el mercado interior de servicios –uno de los pilares básicos del proceso de integración económica– implica, para la posición de los poderes públicos, la necesidad de flexibilizar y racionalizar las exigencias burocráticas, fundamentalmente procedimentales, para la puesta en marcha de una actividad de servicios y para la libre circulación europea de los mismos. No se trata tanto, ni sólo, de la necesaria armonización de los procedimientos –proceso ya en marcha y, como se ha expuesto, fortalecido en los últimos años–, sino de la directa supresión o modulación de los regímenes internos de control preventivo y, consiguientemente, de la modificación de los procedimientos administrativos de acción y cobertura. Como dice el F. 42º, «*las normas relativas a los procedimientos administrativos*» deben encauzarse a «*suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que ésta comporta*».

Esta nueva Directiva-marco va a comportar, necesariamente, una transformación en la comprensión del concepto mismo de Administración pública y de los procedimientos administrativos de intervención y control de las

<sup>69</sup> Como acertadamente anticipó parte de la doctrina, aunque el Derecho comunitario no acoja una codificación del procedimiento administrativo, una norma general contenente de los principios, criterios y garantías más importantes de la acción administrativa común, sí existen disposiciones originarias –las menos–, principios generales y normas de Derecho derivado que constituyen un abigarrado conjunto de criterios y principios de procedimiento administrativo «*de obligado cumplimiento*». Y aún más, «*en realidad, todos los principios comunitarios pueden servir de parámetro para el procedimiento administrativo nacional*», BARNÉS, J. (1993): 40.

<sup>70</sup> Vide Chiti, M. P. (2002): 100.

actividades privadas económicas. El nuevo proceso –sincrónico y superpuesto al de integración jurídica más arriba mencionado– de europeización de los mecanismos públicos de ordenación privada<sup>71</sup>, habrá de implicar, bajo la supervisión comunitaria, una simplificación organizativa y procedimental de la actividad administrativa interna –con proyección lógicamente sobre la dimensión ejecutiva del propio Derecho comunitario–, lo que de nuevo vuelve a poner de manifiesto la necesidad de incrementar y reforzar las garantías mínimas de defensa y protección de los administrados instrumentalizadas en los correspondientes procedimientos administrativos. La simplificación y agilización de los procedimientos, en tanto cauce de satisfacción del interés general (económico) y de superación del llamado «*cantonalismo normativo*», debe conjugarse, no obstante, con los criterios mínimos indisponibles de transparencia, publicidad y legalidad de la actuación pública (intereses particulares). El principio de buena Administración adquiere, así, un doble y relevante papel: mecanismo de garantía –de los administrados– frente a la transnacionalización de los procedimientos internos (proyección interna de un principio general del Derecho administrativo comunitario) y canon uniforme de razonabilidad de las medidas de articulación del interés general objetivo.

## 2.2. El derecho a una buena administración como canon de legalidad

La interacción ordinamental entre el Derecho comunitario y el Derecho interno permite sostener la viabilidad de los principios generales comunitarios y de los derechos fundamentales, entre ellos el macroprincipio de buena administración, no sólo como herramientas de interpretación e integración, sino como auténticos parámetros materiales de garantía procedimental<sup>72</sup>. Frente a los procesos dialécticos de simplificación y desarticulación de los procedimientos internos, el control material de las actuaciones de «mala administración» permite acrecentar, desde la óptica jurisprudencial del «estándar mínimo de protección»<sup>73</sup>, las vías de revisión por parte de la propia Administración Pública y, lógicamente, los mecanismos de reacción de los ciudadanos, necesarios en los supuestos, cada vez más habituales de desintegración formal entre la actividad normativa (comunitaria) y la actividad ejecutiva (interna).

<sup>71</sup> Vide ROSS, M., «The Europeanization of Public Services Supervision: Harnessing Competition and Citizenship?», EECKHOUT, P. y TRIDIMAS, T. (eds.), *Yearbook of European Law*, 25, Oxford University Press, Oxford, 2006, pgs. 303 y ss.

<sup>72</sup> Como dice FERNÁNDEZ MARÍN, F. (2007): 88, «*la característica más reseñable de los principios generales –también por tanto de los derechos fundamentales– no es esta función integradora, típica y propia de los principios generales como fuente subsidiaria del Derecho en los ordenamientos internos nacionales, sino la de control de la legalidad de las normas de derecho derivado y de las actuaciones de la Administración en su ejecución*».

<sup>73</sup> Vide detalladamente RUIZ MIGUEL, C., *Los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos*, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 170.

Además, y como se ha visto, la condicionalización (previa o *a posteriori*) de la actividad administrativa nacional por parte del Derecho comunitario –consecuencia de la creciente integración jurídica de ordenamientos e instituciones– impone, de hecho, la superación de los rígidos mecanismos de «cooperación» formal previstos en nuestro Derecho positivo a través de la asunción de las exigencias mínimas de racionalidad, participación y transparencia insitas en dicho principio de buena administración.

Más allá, pues, de la discutida naturaleza jurídica de este principio general, de origen netamente jurisprudencial, su incorporación, ya a nivel positivo, a nuestro Derecho interno, pone de manifiesto la constante y recíproca interconexión entre ambos ordenamientos<sup>74</sup>, hasta el punto de servir como un gozne más para la progresiva articulación de un único Derecho administrativo europeo fundamentado esencialmente en los principios y criterios generales derivados de la cláusula general del Estado de Derecho.

### 2.3. Configuración comunitaria del derecho a una buena administración

#### 2.3.1. *Aclaración previa*

Desde esta primera perspectiva descendente, no es propósito del presente estudio detallar la evolución, el contenido y los caracteres básicos del derecho comunitario a una buena administración, tarea realizada ya con anterioridad por diversos y cualificados autores, sino más bien intentar clarificar la naturaleza jurídica real, desde su actual configuración normativa, y la funcionalidad de esta nueva categoría de reacción subjetiva, por ahora indistintamente calificada en este estudio como principio y como derecho. Los resultados de esta operación se contrastarán, en el último epígrafe, con el diseño, dogmático y positivo, de este derecho en el seno de nuestro sistema jurídico, intentando extraer, finalmente, algunas consecuencias operativas válidas para la corrección de las disfunciones también puestas de manifiesto.

#### 2.3.2. *¿Es el derecho a una buena administración un «derecho fundamental comunitario»?*

Desde la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la cumbre de Niza en diciembre del año 2000, el derecho a la buena administración tiene la categoría positiva, al margen del convulso proceso –más formal que material– de constitucionalización comunitaria<sup>75</sup>,

<sup>74</sup> Hace ya tiempo se pudo resaltar, con carácter general, que la misión fundamental de los derechos fundamentales dentro del proceso de integración europea, habría de ser la de reforzar la propia «legitimidad democrática» de la Comunidad, *vide* ROBLES MORCHÓN, G., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1988, pg. 15.

<sup>75</sup> Como es sabido, la Parte II del –infructuoso– Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, firmado el 29 de octubre de 2004 en Roma, se dedicaba a las normas sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, insertándose en la misma –y adquiriendo, por tanto, valor obligatorio– la Carta de los Derechos Fundamentales aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, si bien es verdad que con alguna

de derecho fundamental<sup>76</sup>. El proceso de integración europea ha conllevado, indudablemente, no sólo una necesaria sistematización de los derechos subjetivos reconocidos normativamente o pergeñados jurisprudencialmente, sino una potenciación de su nivel de eficacia y protección<sup>77</sup>. La revalorización de la dimensión subjetiva de la Unión<sup>78</sup>, integrada en una plena Comunidad de Derecho, ha supuesto, por tanto, la convergencia supranacional y la ratificación normativa del valor axiológico del sistema de derechos fundamentales de los ciudadanos. La Carta supuso, como se ha dicho, el reconocimiento a los derechos fundamentales y libertades públicas de «*la potencialidad operativa suficiente para ser parte del Derecho de la Unión*»<sup>79</sup>.

Según el Tratado de Lisboa<sup>80</sup>, el nuevo art. 6 del Tratado de la Unión Europea dispone que «*la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*», aunque –sigue matizándose<sup>81</sup>–

adaptación mínima. *Vide*, entre otros muchos estudios, la clarificadora síntesis de MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005, especialmente pgs. 177 y ss.

<sup>76</sup> Para una síntesis del proceso de conformación e integración de este derecho en el seno de la Carta puede verse SÖDERMAN, J., «El derecho fundamental a la buena administración», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, 214 (2001), pgs. 8 y ss.

<sup>77</sup> *Vide* FREIXES SANJUÁN, T., «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4, (2005), pg. 61. Como dice la autora, conectando con lo que más arriba se dijo sobre la sistematización ordinal del esquema de derechos fundamentales, «*en el contexto de la Unión Europea, nos encontramos ya dentro de un sistema, integral aunque todavía inacabado, de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, que comprende tanto el sistema comunitario y el derivado de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión, como el sistema del Consejo de Europa, además del producido por los órganos legislativos propios. [...] este sistema, [...], está hoy en día más armonizado de lo que en general se piensa, y representa los grandes valores sobre los que se fundamenta el patrimonio europeo común*» (pg. 74).

<sup>78</sup> En este sentido, entre otros muchos, ROLDÁN BARBERO, J., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: su estatuto constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 16 (2003), pg. 954.

<sup>79</sup> CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4 (2005), pg. 28.

<sup>80</sup> Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, DOCE C 306, de 17 de diciembre de 2007.

<sup>81</sup> Es indudable que el tema de los derechos fundamentales, con su arista central de la distribución de competencias materiales para su regulación y defensa, no se ha cerrado con la «codificación» institucional de los mismos a nivel comunitario, como se ha vuelto a poner de nuevo de manifiesto con la mutilada configuración competencial de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, creada en virtud del Reglamento 168/2007, del Consejo, de 15 de febrero de 2007, y con funciones meramente consultivas y de información, *vide* PI LORENS, M., «La Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea: ¿Avance u oportunidad perdida?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 27 (2007), pgs. 575-593. Como dice el art. 2 del Reglamento, «*el objetivo de la Agencia será proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la*

sin comportar en ningún caso una ampliación competencial a favor de la Unión. La Unión Europea, por tanto, asume –dotándola de eficacia jurídica originaria<sup>82</sup>– la previa, y en cierta forma desamparada, Carta de los Derechos Fundamentales<sup>83</sup>, pero desagregando la dimensión competencial de las materias comprendidas dentro de cada uno de ellos (al igual que se prevé en el supuesto de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa)<sup>84</sup>.

*Comunidad y a sus Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario, ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia respectivas».*

<sup>82</sup> Así lo reafirma, por ejemplo, Luis ORTEGA, en el Prólogo de la obra colectiva *Derecho Comunitario Europeo*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 7.

<sup>83</sup> Para algún sector doctrinal, sin embargo, esta «asunción» o reconocimiento no implica la integración efectiva de la Carta de Derechos Fundamentales dentro de los Tratados, a la vista, quizás, de la forzada fórmula de plasmación positiva y del patente abandono del «concepto constitucional», como criterio legitimador de la dimensión dogmática de la Unión, *vide* BAQUERO CRUZ, J., «¿Qué queda de la Carta?», *Iustel, Revista General de Derecho Europeo*, 15, (2008). Efectivamente, en momentos de replanteamiento de la estrategia europea y de «desmitificación» de la capacidad integradora del sistema de derechos fundamentales, la redacción del nuevo Tratado de Lisboa plantea serios problemas de interpretación, que posiblemente puedan acrecentarse conforme vaya surgiendo jurisprudencia específica sobre esta materia: ¿La Unión sólo «reconoce» los derechos, o también los «asume» como propios? ¿Se configura la Carta como la única fuente, para el futuro, de derechos fundamentales? ¿Que la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, significa que se convierte en auténtico Derecho originario, con todos los efectos propios de tal categoría (primacía, efecto útil, etc.)?, etc. Muy claramente se ha dicho que la Carta carece, en su configuración actual, de «efectos jurídicos vinculantes ad extra», sin perjuicio de su consideración como instrumento al que «acompaña un destacado clima de legitimidad política y jurídica, con una fuerte vocación de eficacia en términos persuasivos traducida en su consideración como fuente privilegiada de inspiración de decisiones de altos órganos jurisdiccionales y de destacados avances legislativos», ALONSO GARCÍA, R. (2007): 253-254. Una revisión crítica del proceso comunitario de modulación del sistema de derechos fundamentales, abogando claramente por una «síntesis de máximos, no de mínimos», por una superación definitiva del lastre «funcionalista» de las Comunidades y por una reconsideración «efectiva, material y garantista» de los mismos, puede verse en RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Derechos fundamentales y construcción europea*, en RODRÍGUEZ-ARANA, J. (1999): 3 y ss.

<sup>84</sup> Como aclara rotundamente la Declaración del propio Tratado de Lisboa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales, la misma, que tiene carácter jurídicamente vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, pero «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados». Los derechos fundamentales, por tanto, no figuran ni entre las competencias exclusivas ni entre las competencias compartidas de la Unión, no son títulos materiales de habilitación competencial. En otras palabras, la Unión Europea carece de título competencial específico y general para regular los derechos fundamentales como sistema, restando, pues, sólo posibles competencias concretas sobre determinadas materias vinculadas o relacionadas con los mismos (v. gr. por entrar en colisión con un derecho fundamental, por realizar o impedir la prestación implícita en la naturaleza del derecho o por facilitar o impedir la participación propia del mismo),

Pero, ¿es realmente el derecho a una buena administración un derecho fundamental? El art. 41 de la Carta lo denomina indudablemente como «derecho», dentro del bloque mayor de los derechos y principios relativos a la ciudadanía europea. Pero ni lo define ni precisa su exacto contenido, en el estilo ciertamente lacónico de la Carta. Más bien, lo asume como un macro-derecho en el que se engloban o incardinan una serie de derechos más concretos y específicos (actuación imparcial y equitativa<sup>85</sup>; resolución en plazo; derecho de audiencia; derecho de acceso al expediente; deber de motivación; deber de reparación de los daños y derecho a la pluralidad lingüística)<sup>86</sup>. Teniendo en cuenta que la Carta no contiene *sólo y exclusivamente* derechos fundamentales<sup>87</sup>, al menos en el sentido propio de la teoría constitucional interna, sino derechos, principios y prohibiciones, anudando a cada una de las categorías un estatuto jurídico también diferente, parece lógico cuestionar la auténtica naturaleza jurídica de este derecho, no la de los subderechos incluidos dentro del mismo, entendiéndolo que su más que probable caracterización real sea la de un principio general directriz —a la vista de la configuración y funcionalidad jurídicas derivadas del propio texto de la Carta de Derechos Fundamentales—<sup>88</sup>, y asumiendo, de todas formas, el marcado carácter «creativo» de toda la jurisprudencia del TJCE en materia de protección de los derechos fundamentales<sup>89</sup>.

Podría entenderse, como se ha sugerido, que algunos de los enunciados generales de la Carta, calificados enfáticamente como derechos, sean, en realidad, «principios-guía»<sup>90</sup>, ejes de vertebración del conjunto de subdere-

*vide* APARICIO PÉREZ, M. A., «Derechos fundamentales vs. Constitución europea», *Noticias de la Unión Europea*, 267 (2007), pg. 25. Por todo ello, y como se ha dicho, «no puede satisfacerse así uno de los elementos centrales de la técnica del constitucionalismo de los Estados cual es la posibilidad de su desarrollo legislativo como tales como competencia específica propia a partir de la definición o prefiguración constitucional de los derechos fundamentales. [...], la configuración constitucional de los derechos operará prototípicamente en el Derecho derivado de la Unión, si bien según diversas intensidades, como un «sistema de objetivos, principios y límites» que, además de proporcionar una orientación general de la acción normativa tanto desde una perspectiva negativa como positiva, garantizan efectivamente un estándar común de respeto de los derechos y libertades en todo el ámbito de la Unión en el ejercicio de sus competencias», CÁMARA VILLAR, G. (2005): 35-36.

<sup>85</sup> Puede verse sobre punto RODRÍGUEZ PONTÓN, F., *La aplicación de las garantías del proceso equitativo al procedimiento administrativo: elementos de la jurisprudencia europea para el debate*, en VV. AA., *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, pgs. 93-115.

<sup>86</sup> Éste parece haber sido, igualmente, el criterio de adopción y sistematización utilizado por el TJCE en su abundante jurisprudencia sobre el principio general de buena administración, como se destaca, por ejemplo, en MORENO MOLINA, J. A. (2007): 53 y ss.

<sup>87</sup> Sobre la insuficiencia del criterio formal para su delimitación puede verse FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pg. 23.

<sup>88</sup> De carácter principal lo califica, por ejemplo, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La Carta de Derechos: algunos problemas*, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dirs.) (2004), Libro II: 49.

<sup>89</sup> *Vide* PI LLORENS, M. (1999): 63-64.

<sup>90</sup> APARICIO PÉREZ, M. A. (2007): 27.

chos engarzados en los mismos<sup>91</sup>. Más concretamente, podrían considerarse los derechos de defensa, dentro de los que ocuparía un lugar prevalente el derecho a una buena administración, como «*técnicas de garantía de derechos fundamentales, de enorme importancia e indisociables de los mismos*»<sup>92</sup>. No se trataría, pues, de meros principios, sin ningún tipo de eficacia jurídica vinculante<sup>93</sup>, pero inmediatamente se plantearía el problema de su operatividad real, máxime cuando, como es el caso del derecho a una buena administración, el contenido o estructura presenta una enorme heterogeneidad, material y formal, incluyendo algunos elementos (subderechos) difícilmente incardinables dentro de su radio lógico de acción, como el derecho a la reparación patrimonial por los daños sufridos por los ciudadanos. Parece, por tanto, que, desde una perspectiva exclusivamente comunitaria y positiva, no estamos ante un auténtico (completo y perfilado) derecho fundamental –directamente exigible y especialmente protegido–, ni siquiera ante un verdadero y concreto derecho no fundamental, sino ante un macroprincipio<sup>94</sup>, principio directriz o principio basilar –no necesitado, por tanto, de un ulterior desarrollo normativo<sup>95</sup>– de las relaciones entre la Administración pública y los ciudadanos<sup>96</sup>, cuya virtualidad fundamental radicaría en servir de

<sup>91</sup> En este sentido se ha dicho, aunque con una cierta indeterminación en la utilización de las categorías, que «*el contenido del «derecho» es más amplio que el contenido del principio, tal como fue apreciado por el Tribunal, ya que el «derecho a una buena administración» recogido en la Carta integra bajo esa rúbrica, además, otras facultades y garantías procedimentales que habían adquirido sustantividad propia y diferenciada del principio de buena administración y que habían sido reconocidos como derechos*», GALERA RODRIGO, S., *El derecho a una buena administración*, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dirs.) (2004), Libro II: 1441-1442.

<sup>92</sup> PI LLORENS, M. (1999): 105.

<sup>93</sup> A propósito del carácter simbólico y «paliativo» de las grandes declaraciones de derechos, muy habituales en los últimos tiempos, dentro de las que puede encuadrarse la actual Carta europea de Derechos Fundamentales, y con consecuencias críticas perfectamente trasladables a un derecho tan ambiguo, pero llamativo, como el derecho a una buena administración, se ha podido decir lo siguiente: «*el mal menor sería la cuestión de los derechos fundamentales, que realmente no son un gran problema en la Unión Europea. El problema principal sería la legitimidad democrática de la Unión, imperfecta y mejorable. En vez de reformar con seriedad y ambición las instituciones y procesos políticos europeos para hacerlos más democráticos, modificando los sistemas de participación y representación de los ciudadanos, los líderes políticos inoculan a los ciudadanos una buena dosis de derechos fundamentales, derechos que ya se tienen y que en el fondo no cambian nada o casi nada, inmunizándolos o creyendo inmunizarlos contra el peligroso virus del déficit democrático*», BAQUERO CRUZ, J., «¿Qué queda de la Carta?», *Iustel, Revista General de Derecho Europeo*, 15 (2008).

<sup>94</sup> Como se ha dicho, la expresa referencia a los principios en la Carta, no como fuente de inspiración, sino como contenido concreto, contribuye a resaltar su papel «constitutivo», frente a las reglas, «además de tener y desarrollar un carácter normativo propio», HERMIDA DEL LLANO, C. (2005): 256.

<sup>95</sup> En el sentido de que se trata no sólo de un principio general y abstracto del Derecho, sino de un derecho –objetivo– o norma de cobertura y garantía dotada, por su propia normatividad, de una «*referencia material aprehensible*», en la expresión general utilizada por LÓPEZ MENUDO, F., «Los principios generales del procedimiento administrativo», en BARNÉS, J. (coord.) (1993): 113.

<sup>96</sup> A mi juicio, no obstante, la importancia de este derecho a una buena administración hubiera exigido, quizás cambiando también su ubicación en la Carta, la desvinculación

gozne de cohesión –e interpretación– de una serie de derechos más específicos y concretos –en una relación, por tanto, abierta– con contenido perfectamente discernible y vinculados a la cláusula del Estado de Derecho.

El derecho a una buena administración podría entenderse, por tanto, como una «norma de derecho objetivo»<sup>97</sup>, no como un auténtico derecho subjetivo, con una finalidad esencialmente de «garantía» de los subderechos acogidos bajo el mismo<sup>98</sup>. Como sostiene Beatriz Tomás Mallén, «*si los derechos valen tanto como las garantías, en el derecho a una buena administración puede decirse que se conjugan ambos elementos, conformando una especie de derecho-garantía o derecho instrumental, que propicia la defensa de otros derechos*»<sup>99</sup>. Su carácter de norma –con su posible denominación como «derecho»<sup>100</sup>– y no de mero principio programático, excluiría la necesidad de un preceptivo desarrollo y validaría tanto su probable contenido autónomo –de garantía procesal de unas determinadas capacidades individuales<sup>101</sup>– como su eficacia jurídica propia<sup>102</sup>. Su

del mismo con los principios o derechos clásicos de la ciudadanía, fundamentados en las relaciones de las personas con los Estados, predicándose como derecho de la persona en sí –como auténtico derecho fundamental–, ejercitable dentro o al margen de los instrumentos procesales jurídico-administrativos. El derecho a una Administración transparente, imparcial y responsable no se tiene por ser ciudadano, sino por ser «persona», más allá y superando los enfoques clásicos de equiparación entre derechos fundamentales y derechos humanos, y la esencialidad de los valores humanos básicos como ejes y objeto de protección. Precisamente, se ha podido calificar al derecho a una buena administración como uno de los «derechos nuevos» o «de última generación», entendiendo lógicamente dicha novedad no tanto como creación, como «ideación positiva», sino como formulación o construcción jurídico-normativa novedosa, de la Carta de Derechos Fundamentales, *vide* HERMIDA DEL LLANO, C. (2005): 232 (nota 126). En términos parecidos, JIMENA QUESADA, L., *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006, pg. 179, entiende que aunque no se trate de un «derecho ex novo», sí es un «derecho nuevo», al menos desde la perspectiva –indudablemente dotada de efectos jurídicos a mi juicio– de una formulación codificadora relevante.

<sup>97</sup> *Vide* sobre la evidente distinción entre derechos públicos subjetivos y Derecho objetivo, las acertadas consideraciones de RUIZ MIGUEL, C. (2004): 182.

<sup>98</sup> Además, también se ha planteado, a mi juicio acertadamente, la posibilidad de enlazar una futura regulación específica comunitaria sobre este derecho o principio, una vez asentada la base legal (constitucional) de referencia y legitimidad, *vide Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*, Agencia sueca de Administración pública, <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>

<sup>99</sup> *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, pg. 42.

<sup>100</sup> De hecho, lo realmente importante de la Carta, como compensación a la ambigüedad y pomposidad de su contenido, tal y como se recordó en su momento, es su carácter de norma jurídica vinculante, no de simple documento político, integrada ya en el núcleo del derecho fundamental de la Unión Europea, *vide* MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La Carta de Derechos: algunos problemas*, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (dirs.) (2004), Libro II: 59.

<sup>101</sup> En contra, por ejemplo, BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Sobre la idea de «buena administración»*, en *Instituciones y procesos políticos. Homenaje a José Cazorla*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2005, pg. 696.

<sup>102</sup> De hecho, tras la firma y proclamación solemne de la Carta por los Presidentes de la Comisión Europea, del Parlamento y del Consejo el 12 de diciembre de 2007, ésta ha adquirido, sin lugar a dudas, «eficacia jurídica obligatoria», al margen de los problemas

aplicabilidad directa<sup>103</sup>, más allá del siempre discutible *nomem iuris*<sup>104</sup>, se pone de manifiesto en la propia Carta, cuyo art. 43 posibilita que cualquier ciudadano de la Unión o cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro «someta» al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración, derivados de la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Evidentemente, no nos encontramos ante un auténtico «derecho público subjetivo», tanto por la indefinición, generalidad y maleabilidad de su posible contenido<sup>105</sup> –entendiéndolo como algo «más» que la suma de los subdere-

lógicos de interpretación y discernimiento de la viabilidad directa o indirecta de muchos de sus preceptos –depuración hermenéutica que ha sucedido, por lo demás, con el contenido dogmático de los propios textos constitucionales internos–. Y algún autor había llamado ya la atención, concretamente respecto al derecho a una buena administración, sobre la «virtualidad normativa» de la Carta, no sólo como combinación de preceptos vigentes, sino como ejemplo de «interpretaciones extensivas de cierta novedad», FERNÁNDEZ TOMÁS, A. (2001): 49-50 y 101 y ss.

<sup>103</sup> La más que probable intención de la Carta de sustantivar este derecho, configurando un derecho integral a la defensa procesal de los ciudadanos, se pone también de manifiesto desde la perspectiva del valor «creativo» de su positivización institucional. Efectivamente, al contrario que la mayor parte de los derechos reconocidos, el derecho a una buena administración tiene un origen estrictamente «comunitario», no se trata de un típico y condensado derecho constitucional interno. Su inspiración en el propio Derecho comunitario, no en las tradiciones comunes de los Estados miembros, revaloriza la importancia de su consagración cuasi-constitucional, pudiéndose hablar quizás de una «intensificación del grado de regulación positiva» del mismo. Más genéricamente, sobre el denominado «*canon de fundamentalidad*» presente en la Carta de Derechos Fundamentales, puede verse JIMENA QUESADA, L. (2006): 186.

<sup>104</sup> La insuficiencia de la dimensión jurídico-positiva de la asunción comunitaria de la protección material del «contenido esencial» de los derechos fundamentales, fue puesta de manifiesto, tempranamente, por ejemplo por PI LLORENS, M. (1999): 90 y ss.

<sup>105</sup> No debe olvidarse, de todas formas, que el contenido íntegro de la Carta se encuentra garantizado judicialmente sobre la base del propio derecho a una tutela judicial efectiva –de los derechos y libertades reconocidos por el Derecho de la Unión– consagrado en el art. 47 de la misma. Se trata, pues, de una garantía procesal individual que va más allá de la propia codificación de derechos fundamentales realizada por la Carta. La única dificultad interpretativa deriva de la propia confusión del proceso comunitario de «constitucionalización» de la Carta. Según la última reforma, la Unión «reconoce» los derechos recogidos en la Carta, pero no la Carta en sí misma, como documento oficial y jurídicamente vinculante. Esto puede tener el inconveniente de minusvalorar su valor, puesto que la Unión ya reconocía prácticamente todos los derechos recogidos o recopilados desde el año 2000 en la Carta de Derechos Fundamentales. Hubiera sido necesario, y hubiera incrementado la seguridad jurídica del sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, la asunción o el reconocimiento de la Carta directamente. Y además, la Carta tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Ni se integra en ellos plenamente –no debe olvidarse, en este sentido, que la Carta no tiene la misma eficacia vinculante para todos los Estados miembros, en virtud de las cláusulas y protocolos finales de exención– ni se equipara en términos absolutos. ¿El «mismo valor jurídico» equivale a la misma y reforzada posición ordinal y institucional que los Tratados? ¿La Carta es Derecho originario o sólo tiene la misma «fuerza jurídica» que el Derecho originario? La efectividad del art. 47 exige interpretar que aunque la Carta no se integre en los Tratados originarios, «es», indudablemente, Derecho de la Unión, y, en cualquier caso,

chos que efectivamente engloba–, como por la ausencia de auténticas vías de defensa judicial –“someter” un asunto al Defensor del Pueblo no es «recurrir» o «impugnar» un acto administrativo– oponibles de forma clara e indubitada frente a otro sujeto jurídicamente obligado. Pero, en cualquier caso, las actuaciones de mala administración tienen consecuencias jurídicas, como veremos en el siguiente epígrafe, permitiendo sostener su autonomía, como principio directriz propio, y la eficacia jurídica vinculante de su configuración comunitaria.

### 2.3.3. *Funcionalidad desde la perspectiva de la ejecución indirecta del Derecho comunitario*

Verificado el carácter normativo y autónomo de este principio-derecho –que no se contradice ni con la amplitud y heterogeneidad de su contenido ni con la ausencia de mecanismos efectivos de garantía jurisdiccional–, el paso siguiente consistiría en determinar, no tanto su contenido material –deslavado ya por la doctrina<sup>106</sup>– sino la funcionalidad u operatividad del mismo, y, fundamentalmente, clarificar su coincidencia o no con el principio básico de legalidad de la actuación administrativa.

Desde una postura garantista, y superadora de un positivismo funcionalista incompatible, hoy en día, con una auténtica unión europea, no sólo comercial, sino también en valores y principios, parece claro que el derecho a una buena administración puede tener, en su singularidad, operatividad propia, como criterio homogéneo e integral de fiscalización de la correcta actuación jurídica –no sólo material– de la Administración comunitaria<sup>107</sup>. Es verdad que, desde su plasmación positiva, escueta y ambigua, no puede extraerse un contenido concreto y preciso de este derecho, como derecho propio<sup>108</sup>. ¿Es entonces sólo un enunciado? Una interpretación sistemática

hubiera sido preciso, al margen del mecanismo instrumental de la tutela judicial efectiva –vinculada y condicionada por el confuso esquema de distribución de competencias «materiales»– la incorporación a la Carta de medidas propias y autónomas de defensa del catálogo de derechos proclamados por la misma.

<sup>106</sup> Puede verse, como obra destacada, el magnífico estudio de TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, *in toto*.

<sup>107</sup> En este mismo sentido, se ha podido decir claramente que «el art. 41 de la Carta lleva a cabo aquí una refundición sistemática y una ampliación de contornos de un derecho subjetivo comunitario –quepa o no calificarlo con propiedad como un derecho fundamental– en el que el principio básico de la transparencia en las relaciones entre Administración y administrados se concreta en hacer lo posible para que las decisiones de la primera sean comprensibles para el ciudadano [...] y estén debidamente motivadas», FERNÁNDEZ TOMÁS, A. (2005): 104.

<sup>108</sup> Aunque algún autor ha llamado la atención sobre la posible superación del criterio jurisprudencial de carencia de efectos competenciales del sistema de derechos fundamentales sobre la base, precisamente, de la nueva configuración extensiva del «derecho a una buena administración» de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *vide* FERNÁNDEZ TOMÁS, A. (2005): 94. En este sentido, y con carácter general, se ha podido decir también que la primera nota característica del sistema comunitario de distribución de competencias es su «elasticidad», BIGLINO CAMPOS, P., *El sistema europeo de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros*, en CALONGE VELÁZQUEZ, A. (coord.), *La constitucionalización de Europa*, Comares, Granada, 2006, pg. 5: «En este tipo de federalismo

y completa de la Carta haría dudar sobre tal postura, puesto que todos los artículos enuncian los derechos concretos o materias desarrolladas después en los mismos. Debe tener, pues, un contenido concreto. Además, hay otros derechos rodeados de un halo de generalidad y abstracción si cabe mayor, como el derecho a la protección del medio ambiente recogido en el art. 37<sup>109</sup>. Aunque con una actitud algo vacilante<sup>110</sup>, para el propio Defensor del Pueblo Europeo, verdadero artífice de la consolidación de este derecho, se trataría de algo diferente, adicional, a la subordinación de la actuación administrativa a las exigencias normativas superiores, como un plus de legitimidad democrática deducido de la integración de los distintos derechos singulares englobados bajo su aura. Podría entenderse, a mi juicio, que el reconocimiento del derecho a una buena administración, como derecho autónomo, aunque complejo, constituye el punto de inflexión definitivo entre la *protección formal* de los derechos (humanos) fundamentales en la esfera comunitaria, admitida sin problemas hasta ahora por el TJCE, y su efectiva *protección material*. La reacción individual frente a la actuación jurídico-administrativa ha de sustanciarse necesariamente en el seno de los procedimientos administrativos, constituyendo el derecho a una buena administración –desplazando la posible dimensión orgánica o decisional del

–de ejecución–, *las materias y funciones aparecen íntimamente entrelazadas, por lo que resulta más difícil distinguir, al menos a priori, las competencias que corresponden a las distintas entidades territoriales. Como consecuencia de este modelo, es difícil encontrar áreas de Derecho nacional que no resulten afectadas, en cierta medida, por el Derecho comunitario*». Vide, también, el estudio de GIL IBÁÑEZ, A. J., *El control y la ejecución del Derecho Comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP, Madrid, 1998, pg. 60 y ss.

<sup>109</sup> De todas formas, la auténtica naturaleza jurídica de la Carta no es una cuestión todavía pacífica. Realmente, la Carta no se «incluye» en los Tratados, como sería deseable desde una perspectiva de seguridad jurídica y de afianzamiento de la dimensión sustantiva del proceso democrático europeo, sino que, a través de un juego de referencias cruzadas, se produce un «reenvío» o «reconocimiento», maquillado también mediante las cláusulas complementarias y transversales asumidas (por ejemplo, el discutible Protocolo para Gran Bretaña y Polonia), lo que viene a cuestionar, en definitiva, el propio compromiso de asunción de la misma –y del contenido de sus preceptos– por parte de los Estados miembros.

<sup>110</sup> Por ejemplo, en el Informe Anual del Defensor de 1997 se definía la «mala administración», expresión que debe ser despojada hoy en día, a mi juicio, de cualquier connotación subjetiva o valorativa, como la «actuación de un organismo público disconforme con una regla o principio de carácter obligatorio». Esta definición, interpretada literal y restrictivamente, conduciría a equiparar el deber de buena administración con el principio de legalidad o juridicidad de los entes públicos en su organización y actuación. Pero los nuevos criterios de transparencia, razonabilidad y satisfacción integral de las necesidades públicas pueden conducir hoy en día a completar esta visión funcionalista y programática del derecho, conectada, quizás, con el delicado debate acerca de la asunción horizontal de competencias por parte de la Unión Europea a través de las fórmulas de protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, sustantivos y procesales. De esta forma, se superaría la consecuente actuación timorata de la Comunidad en la configuración de este principio, engarzado en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, aprobado por Resolución del Parlamento Europeo de 6 de septiembre de 2001, como si se tratara, a mi juicio erróneamente, de una simple cuestión ética o deontológica de la actuación administrativa.

mismo— la columna vertebral y el parámetro genérico de exigibilidad de una adecuada, eficaz y ponderada acción pública. Como ha dicho Jaime Rodríguez-Arana, la toma de conciencia sobre el buen gobierno o la buena administración «pone de relieve que el centro de la acción de gobierno o de la acción administrativa es la persona y sus derechos y libertades»<sup>111</sup>.

La sustantividad propia de este derecho puede hacerse derivar de la progresiva cristalización de los compromisos jurídicos de la Comunidad Europea con los ciudadanos, no con los Estados, en tanto Comunidad de Derecho. Una «buena actuación administrativa» no es sólo una actuación legal y eficaz —eso sería una «correcta actuación administrativa»—, sino un ejercicio cooperativo de compensación entre las facultades y potestades públicas, encauzadas al objetivo básico de la realización del interés público —comunitario— y la consolidación de los principios de primacía y efecto útil a través de la dimensión procesal interna, y las garantías y derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración comunitaria. Este equilibrio puede no lograrse solo con el respeto de los derechos mínimos obligatorios de los interesados en el procedimiento —que, por lo demás, pueden variar de unos sistemas a otros—. Quizás haga falta, a través de un proceso de decantación de los principios generales de la actuación administrativa, configurar un nuevo test de razonabilidad o racionalidad de la actuación administrativa, centrado sobre todo en la figura de los ciudadanos, tarea en la que se incrustaría la posible virtualidad del derecho a una buena administración.

Ahora bien, ¿equivale todo esto a un mero control de legalidad de la actividad administrativa?<sup>112</sup> A mi juicio, su carácter poliédrico y expansivo permite sostener que su funcionalidad se extiende más allá de un juicio de legalidad de la actuación administrativa comunitaria. Como sostiene GALÁN VIOQUE, «por una buena administración, auténtico paradigma de lo que se conoce en el Derecho Administrativo como un concepto jurídico indeterminado, no sólo se entiende una actuación que tiene que ser plenamente respetuosa con el Derecho comunitario, que por otra parte carece de una legislación administrativa general, sino que también permite que se controle si la Unión Europea, tanto en el procedimiento seguido como en la resolución finalmente adoptada, ha ejercitado de la forma más adecuada posible la competencia que tiene atribuida»<sup>113</sup>. Parece claro, como señalaba más arriba, que equiparar el deber de buena administración con la exigencia ineludible

<sup>111</sup> *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pg. 11.

<sup>112</sup> Puede verse el planteamiento de esta cuestión en WEBER, A., *El procedimiento administrativo en el Derecho comunitario*, en BARNÉS, J. (coord.) (1993): 88. Conviene recordar que en los primeros informes anuales del Defensor del Pueblo europeo se partía necesariamente de esta equivalencia entre buena administración y cumplimiento de las normas y principios obligatorios. A partir de 1998 se producirá un giro importante en esta construcción teórica, hasta llegar a la situación actual de reconocimiento formal como auténtico derecho fundamental de la Unión Europea.

<sup>113</sup> GALÁN VIOQUE, R., «El derecho a una buena administración (Artículo II-101 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa)», *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho*, 1, (2005), pg. 195.

de juridicidad de la actuación administrativa no tendría mucho sentido, en el estadio actual de consolidación de los parámetros básicos de legalidad y Comunidad de Derecho de la organización y actuación comunitaria. El principio de legalidad subsume en sí la imperatividad de actuación legítima de la Administración comunitaria. Una buena administración será, por tanto, algo más, o algo más exigente, que el estándar mínimo obligatorio de ajustamiento de la acción administrativa a la legalidad material. En otras palabras, una «buena actuación» empezará, o podrá valorarse, a partir de una «correcta y legítima actuación». El problema se plantea a continuación: ¿en qué consiste, entonces, el criterio adicional a una «buena actividad administrativa»? Necesariamente habrá que pasar desde el plano de la legalidad al plano de la oportunidad y conveniencia, surgiendo entonces la cuestión de la necesidad de integrar un concepto jurídico indeterminado y de calibrar normativamente los elementos de juicio necesarios para controlar los casos de mala administración (que no serán meros supuestos, perfectamente fiscalizables, de actuación antijurídica)<sup>114</sup>.

Desde la perspectiva transversal de los principios clave de eficacia, calidad total de los servicios y actuaciones públicas y transparencia<sup>115</sup>, se impone, por tanto, la superación del paradigma clásico del control de legalidad de la actuación administrativa por nuevos enfoques de valoración y gestión de la adecuación efectiva de las actividades administrativas a la finalidad perseguida (desde una visión de convergencia entre los intereses públicos y los intereses privados<sup>116</sup> y del ejercicio racional y transparente de las potestades administrativas.

Si se sostiene que el derecho a una buena administración es, hoy en día, algo más que la suma de los subderechos tasados en la Carta de Derechos

<sup>114</sup> En cualquier caso, no me parece correcto reducir la virtualidad de este macroprincipio a la conformación instrumental de los procesos políticos de toma de decisiones, como parece deducirse, por ejemplo, del estudio de BAENA DEL ALCÁZAR, M. (2005): 701.

<sup>115</sup> La doctrina, aun sin reconocer la absoluta distinción entre este derecho y el principio de legalidad, no ha dudado en reconocer los diferentes criterios de valoración que merecería la actuación de control en ambos casos. Así por ejemplo, Chiti, M. P. (2002): 250, entendiéndolo, como rasgo peculiar del principio de buena administración, «el énfasis puesto en el respeto a los criterios de eficiencia y eficacia, y, por lo tanto, a todo parámetro de buena administración incluidas reglas técnicas e internas».

<sup>116</sup> Se trataría, en el fondo, conectando con el propio enunciado del Capítulo V de la Carta, de completar la visión institucional y funcionalista del proceso de integración europea con la dimensión público-subjetiva propia del reconocimiento directo de derechos –no sólo de libertades económicas– a todos los ciudadanos europeos, *vide*, sobre el tema, el artículo de OLIVER LEÓN, B., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo», *Revista de Estudios Políticos*, 119 (2003), pgs. 221 y ss. Como se ha dicho, se trataría de reconocer, o de garantizar, a través de unos estándares mínimos y comunes de protección, junto a los derechos de contenido económico, los auténticos derechos humanos, es decir, los derechos y libertades propios de la persona, inherentes a la dignidad de la persona, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., «Los Derechos Humanos en la Unión Europea: mucho más que una cuestión retórica o doctrinal», *Noticias de la Unión Europea*, 218 (2003), pg. 49.

Fundamentales, todos ellos con la garantía previa del requisito de la legalidad procedimental, que es un «nuevo» derecho (conectado no con la garantía formal de respeto de las libertades individuales, sino más bien con la necesidad de ordenación activa de las políticas comunitarias y de los procedimientos de actuación<sup>117</sup>, que tiene verdaderamente una naturaleza mixta, sustancial e instrumental, habrá que concluir que su observancia trasciende las exigencias ineludibles de la legalidad de la actuación administrativa.

Más allá de los problemas tradicionales vinculados al llamado «déficit democrático» del proceso de construcción comunitaria (falta de participación, escasa transparencia, lejanía respecto de los ciudadanos, etc.), la sustantividad propia –necesitada, no obstante, de integración material<sup>118</sup>– del derecho a una buena administración podría ayudar a resolver algunas de las dificultades puestas de manifiesto al hilo de las transformaciones actuales del proceso de ejecución indirecta o descentralizada del Derecho comunitario. La aceptación de un juicio de «razonabilidad» o «adecuación» (no tanto de oportunidad o conveniencia discrecional) de la actuación administrativa podría servir de parámetro adecuado de valoración del barroquismo actual de algunos de los procedimientos administrativos con eficacia transnacional, o de racionalización de la acumulación de previsiones procesales de origen nacional y comunitario, o, en fin, de potenciación adicional de las garantías y derechos procesales de los interesados en el caso de procedimientos complejos y multilaterales. Desde esta última y trascendental óptica, el propio valor jurídico originario del derecho a una buena administración contribuiría a atemperar el rigor con el que el principio de primacía del Derecho comunitario ha podido desplazar las garantías procesales de los interesados a través de la uniformización de amplios sectores de la actividad administrativa interna<sup>119</sup>.

### **3. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

#### **3.1. Su progresiva recepción en el ámbito autonómico**

Es evidente que un Derecho, objetivo o subjetivo, sin garantías, no es Derecho. La autonomía y sustantividad propias del derecho a una buena administración en el ámbito europeo –sostenidas aquí sobre los pilares, ciertamente

<sup>117</sup> Desde este punto de vista, a mi juicio no descaminado, cabría incluso replantear la regla general de la incompetencia de la Comunidad en materia directa de derechos fundamentales, y de la consecuente imposibilidad de integración aditiva de las competencias sobre determinadas materias vinculadas a los mismos, *vide*, así, Chiti, M. P. (2002): 90.

<sup>118</sup> Como se ha reconocido, pese a las dificultades para la integración de su exacto contenido, nos encontramos ante un auténtico «derecho», exigible ante los Tribunales, y no ante una mera característica que debiera distinguir a los aparatos gubernamentales o administrativos, RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2006): 11.

<sup>119</sup> *Vide*, así, GALERA RODRIGO, S. (2004): 1464.

discutibles, de la interpretación y la aplicación dogmática más favorables al ciudadano— se encuentran realmente mermadas por la inexistencia de una vía, contenciosa o administrativa, de garantía material frente a los casos de «mala administración», entendiendo por tal una actividad legal pero inadecuada o insuficiente —y no un mero deber moral de ética pública—. Existen, por tanto, tres opciones: entender que no nos encontramos ante un verdadero derecho con contenido propio, sino ante un principio general orientativo de la actividad administrativa y aglutinador de los concretos derechos subjetivos sí exigibles por los ciudadanos; equipararlo a la exigencias derivadas del control de legalidad; o, finalmente, verificar en el orden interno, que es donde en realidad se sustancian la mayor parte de los procedimientos de aplicación del Derecho comunitario, su posible funcionalidad adicional, en tanto estándar superior de proximidad, transparencia y responsabilidad efectiva de las decisiones administrativas.

La última opción es la que permitiría importar las garantías propias de este derecho —a partir de ahora, con el «mismo valor jurídico» que los Tratados— a nuestro modelo procedimental administrativo. No se trataría, pues, de una mera operación comparativa, sino de articulación procesal de una garantía material comunitaria, integrando los principios de primacía y efecto directo con la necesaria dimensión instrumental de protección de los derechos de los ciudadanos.

Hasta ahora, sin embargo, y como es sabido, la recepción directa de este derecho ha sido mínima. Las referencias, constitucionales y legislativas, hay que vincularlas a los derechos concretos de defensa englobados dentro de este probable principio-marco<sup>120</sup>. Más bien, puede decirse que todos los deberes implícitos en el art. 41 de la Carta se encuentran ya asumidos, genéricamente en la Constitución (caso de la obligación de resarcimiento de daños, del derecho de acceso a archivos y registros administrativos o de los principios administrativos de actuación objetiva e imparcial) o específicamente en la legislación ordinaria de procedimiento administrativo común (objetividad, resolución en plazo, derecho de audiencia, derecho de acceso al expediente, deber de motivación, etc.).

No obstante, al hilo del proceso generalizado de reformas estatutarias acaecido en los últimos años, se está produciendo una progresiva asunción positiva de este derecho por parte de los sistemas jurídicos autonómicos. Como en muchos otros ámbitos e instituciones, los subsistemas normativos autonómicos están siendo más permeables a los nuevos aires comunitarios de reforma administrativa que la propia Administración General del Estado, con la incongruente consecuencia de la parcelación y desintegración de un sistema de garantías indudablemente integrado dentro del régimen jurídico de las bases del procedimiento administrativo común, competencia exclu-

<sup>120</sup> Así por ejemplo, se utiliza de forma indeterminada, pero haciendo expresa referencia a una pluralidad de contenidos, en el art. 25 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, como límite a los pactos, cláusulas y condiciones incorporables a los contratos administrativos.

siva estatal *ex art.* 149.1.18º CE. Al margen de esta cuestión, sobre la que no es posible detenerse, y que se inserta, desde la propia complejidad de la garantía básica estatal de la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes, en una problemática mayor relativa a la legitimidad y alcance de las declaraciones estatutarias de derechos y libertades de los ciudadanos –de la Comunidad Autónoma correspondiente–, lo cierto es que el derecho de los ciudadanos a una buena administración está teniendo recepción expresa en algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía y en la legislación ordinaria correspondiente, aunque, lógicamente, con distinto alcance y precisión<sup>121</sup>.

Las dudas que suscita este proceso de implementación autonómica son evidentes: ¿Se trata en verdad de un nuevo derecho, con sustantividad y contenido propios? ¿Está siendo recepcionado con la misma naturaleza jurídica y alcance subjetivo? ¿Puede regularse un derecho de defensa de los ciudadanos frente a la actuación administrativa al margen de la legislación básica estatal sobre igualdad básica de los ciudadanos y régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común? ¿Se trata de un derecho realmente garantizado –un derecho subjetivo– y con protección última jurisdiccional? En los dos últimos epígrafes de este estudio se intentará dar una respuesta aproximativa a estas cuestiones, renunciando de antemano, como se hizo más arriba, a comentar el contenido detallado de las facultades y subderechos individuales incluidos dentro del mismo, tarea ya completada oportunamente por la doctrina<sup>122</sup>.

### 3.2. Caracterización interna del derecho y valoración de su naturaleza jurídica

Un análisis comparativo de los tres Estatutos de Autonomía que han asumido, por ahora, el derecho a una buena administración pone de manifiesto, ante todo, que no parece que estemos ante una configuración autónoma y propia, como si se tratase de un nuevo derecho de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Aunque se califica expresamente como «derecho», su operatividad parece reducirse a servir de marco aglutinador o directriz de una serie de derechos subjetivos más específicos. Ahora bien, si se revisa detenidamente ese contenido o estructura material, es posible extraer, junto a principios y derechos ya positivizados, y entroncados con la configuración comunitaria de referencia del derecho a

<sup>121</sup> Se acoge así expresamente en el art. 30 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio; en el art. 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre; o en el art. 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. También hay referencias directas al mismo en la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de Navarra (art. 7), en la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración Pública Gallega (arts. 2 y ss.) o en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (art. 5).

<sup>122</sup> *Vide*, por ejemplo, el detallado estudio de TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004.

una buena administración (por ejemplo, derecho a un tratamiento imparcial y objetivo, a la resolución de los asuntos en plazo<sup>123</sup>, al acceso a archivos y registros administrativos, a la participación en los procedimientos, etc.), otros «derechos», más novedosos, que pueden suponer una posible condensación normativa de determinados principios generales de la actuación administrativa. En este sentido, sí podría entenderse el derecho a una buena administración como una «ampliación de contornos», o un reforzamiento de la exigibilidad jurídica de los deberes tradicionales de congruencia, transparencia y corresponsabilidad de la acción administrativa formalizada. Es el caso, por ejemplo, del principio general de proporcionalidad y del derecho, consagrado en el art. 30.2 del nuevo Estatuto catalán, a «*una actuación de los poderes públicos proporcionada a las finalidades que la justifican*». La subjetivización y concreción de este principio general, y su conexión con un cierto «control externo» de los principios de legalidad y congruencia funcional de la actividad administrativa<sup>124</sup>, ponen de manifiesto el interés estatutario en reforzar las garantías de imparcialidad, transparencia y vicariedad en el ejer-

<sup>123</sup> El derecho a la resolución de los asuntos administrativos en un «plazo razonable», tal y como ha sido configurado por el TJCE dentro del marco mayor del derecho a una buena administración, merece una escueta reflexión, evidente por lo demás, en su contraste con las previsiones del ordenamiento interno español. En ningún caso el «plazo razonable» incluido en el art. 41.1 de la Carta de Derechos Fundamentales, y que curiosamente ha sido asumido –en mi opinión más por su carga estética que efectiva– en alguna Ley interna actual, como es el caso del art. 4 d) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, puede interpretarse estrictamente, como una disminución de las garantías formales y legales de los ciudadanos. Es decir, la Administración debe actuar (más concretamente, resolver y notificar) en los «plazos legales» marcados (genérica o sectorialmente por la Ley), como garantía de seguridad jurídica y eficacia de su actuación, no en un «plazo razonable» cualquiera. De hecho, y tal y como se sostiene en este estudio, si el principio de buena administración comporta un plus de exigencia y racionalidad de la actuación administrativa «legítima», la interpretación de la «resolución en plazo razonable» debería dirigirse en una dirección contraria, es decir, hacia el control de la inadecuación material de la resolución, cuando, aun respetando los plazos legales marcados (dimensión formal), los derechos e intereses de los ciudadanos sufren una merma o perjuicio ostensible y efectivo (piénsese en el caso, por ejemplo, de los plazos para la adopción de medidas cautelares administrativas: dejando al margen los casos de urgencia, el art. 72.1 LRJ-PAC ni siquiera marca un plazo básico para la adopción de las medidas provisionales, aparentemente justificadas sólo –y además– en el aseguramiento de la eficacia de la resolución que pudiera recaer), pudiéndose plantear también, desde este punto de vista, una revisión –exigida ya por gran parte de la doctrina– de la construcción interna del sistema del silencio administrativo (la conexión entre la no resolución en plazo y el principio de buena administración puede verse, por ejemplo, en la STJCE de 12 de julio de 2005, Comisión/CEVA Santé animale y otros).

<sup>124</sup> Más allá de la delimitación precisa de su contenido, me parece que lo más importante es resaltar el carácter estrictamente «jurídico» de este derecho, desconectándolo de una posible visión meramente «operativa» o «empresarial» de la actividad interna de las administraciones públicas, de la que da oportunamente noticia, desde la sabia y certera crítica a la explosión principal de nuestro Derecho positivo, el profesor GONZÁLEZ NAVARRO, F., *De los principios del buen hacer administrativo*, en RODRÍGUEZ-ARANA, J. y DEL GUAYO CASTIELLA, I. (coords), *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, INAP-BOE, Madrid, 2002, pgs. 581 y ss.

cicio de las potestades administrativas. Una buena actividad administrativa no es sólo una actividad «legal», sino además congruente y proporcionada, fruto de una racional ponderación, aún en el caso de materialización de auténticas potestades administrativas, de los diversos intereses, públicos y privados, en presencia. Lo mismo puede decirse del amplio derecho a la información sobre servicios y prestaciones públicas recogido en el art. 12.a) del nuevo Estatuto de Castilla y León<sup>125</sup> o del derecho de cualquier ciudadano «*a participar plenamente en las decisiones que le afecten, obteniendo una información veraz*»<sup>126</sup>, consagrado ahora en el art. 31 del Estatuto andaluz.

Se trata, como muy bien resume la Ley gallega 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración Pública, de «*ofrecer a la ciudadanía mecanismos de control a través de la transparencia administrativa*». La virtualidad de un posible nuevo derecho subjetivo a una buena administración no puede reducirse a la exigencia de deberes éticos a los funcionarios públicos. La buena conducta administrativa debe tener efectos y trascendencia jurídica<sup>127</sup>. Sea o no formalmente un derecho fundamental en la Unión Europea, materialmente puede concebirse como una auténtica ampliación de los derechos de información y participación de los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos. Su anclaje constitucional es evidente, y su progresiva asunción, si quiera directriz, por nuestro Derecho positivo, pone de manifiesto la intención legislativa de sustantivizar –como paso previo a la articulación de controles judiciales– los instrumentos de garantía frente al hermetismo y opacidad de la Administración Pública. A

<sup>125</sup> Los ciudadanos, en sus relaciones con la Administración autonómica, «*tendrán derecho a recibir información suficiente sobre los servicios y prestaciones a los que pueden acceder y sobre las condiciones del acceso a los mismos*». Como es sabido, aunque el art. 35 LRJAP se refiera genéricamente a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, las posibilidades de acción recogidas luego en su seno se reconducen básicamente a la posición de los interesados concretos en los procedimientos administrativos. Se trata más bien de garantías individuales desplegadas en el seno de la actividad procedimental administrativa (salvo, quizás, los últimos apartados, que se refieren al acceso general a los registros y archivos públicos, al trato deferente y servicial de las autoridades y funcionarios y a la exigencia de responsabilidades patrimoniales por el ejercicio de funciones públicas). Pues bien, este derecho a recibir información –con el carácter de suficiente–, sobre los servicios y prestaciones públicas, y sobre las condiciones específicas de acceso, supone ampliar tanto el ámbito subjetivo de exigencia (cualquier ciudadano) como el estándar objetivo de la información accesible. Se configura como un nuevo derecho genérico a recibir información suficiente, al margen de cualquier procedimiento administrativo, sobre la actividad prestacional de la Administración Pública, intensificándose, pues, los mecanismos tradicionales de información unilateral recogidos en la distintas normas sectoriales de acción pública.

<sup>126</sup> Concretándose y reforzándose el genérico principio constitucional de participación ciudadana en los asuntos públicos. Porque debe ser una «participación plena», es decir, activa y real, y «en cualquier decisión» que pueda afectar al ciudadano, es decir, aparentemente más allá de los derechos específicos de los interesados en los procedimientos administrativos y de la configuración actual de los mecanismos indirectos de participación ciudadana en los centros y procedimientos de toma de decisiones.

<sup>127</sup> Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, conectándolo con las exigencias procesales del principio de «diligencia debida», el profesor FERNÁNDEZ MARÍN, F. (2007): 196.

mi juicio, el reconocimiento positivo de este derecho puede sentar las bases para un progresivo cambio de paradigma en las relaciones jurídico-administrativas. La superación del modelo social del Estado de Derecho no puede reconducirse, meramente, hacia la transformación neoliberal de una de las partes, los poderes públicos. Las correlativas exigencias de simplificación, transparencia, responsabilidad continua, etc., deben matizar los flujos de privatización y liberalización, a favor de la posición, siempre central, de los ciudadanos. Se trata de volver a colocar al ciudadano en el plano central que le corresponde, recuperando su confianza, superponiendo al dinamismo propio de un Derecho Administrativo en constante cambio y evolución, la racionalización y transparencia de la actividad diaria de las Administraciones Públicas. Y esta *«transparencia permite hacer efectivo el derecho de los ciudadanos y de la sociedad civil a conocer la actividad de la Administración y favorece el control de la legalidad y oportunidad de las decisiones administrativas, facilitando que la sociedad asuma un papel activo en la vida administrativa»*<sup>128</sup>.

En definitiva, y aunque se trata sólo de los primeros pasos, no creo que nos encontremos, en nuestro ordenamiento interno, ante un mero principio programático u orientativo (que ya tendría, de todas formas, virtualidad interpretativa propia en la labor aplicativa o revisora de las normas administrativas). Creo que estamos ante un nuevo derecho de los ciudadanos, de reconocimiento legal, pero en conexión indudable con las garantías ineluctables de participación pública reconocidas en la Constitución. Y su contenido habrá que conectarlo, en la futura legislación autonómica de desarrollo<sup>129</sup>, con los nuevos parámetros básicos del control de la actividad administrativa de transparencia, congruencia, responsabilidad y motivación efectiva de las resoluciones.

Puede admitirse que nos encontremos, en el estadio actual, ante un «derecho complejo o compuesto» (como es el caso, también, del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva), pero difícilmente que sea un mero

<sup>128</sup> Preámbulo de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración Pública gallega. Por cierto que esta Ley no se queda sólo en buenas intenciones o en proclamaciones genéricas. Invierte la tendencia comentada sobre el reconocimiento, meramente directriz, del derecho a una buena administración. Lo reconoce y asume como auténtico y propio derecho, y, además, articula las «medidas» necesarias para hacerlo efectivo. También hay, no obstante, ejemplos recientes de la primera posibilidad. Es el caso de Andalucía. El art. 31 del nuevo Estatuto de Autonomía se refiere expresamente a la garantía del derecho a una buena administración. Pero luego, la nueva Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, lo rebaja de grado, considerándolo sólo como un «principio» informador de las relaciones de la Administración andaluza con la ciudadanía, en el que se comprenderían a continuación una serie de derechos subjetivos (¿un principio que comprende derechos?), como el derecho a una actuación proporcional; equitativa, imparcial y objetiva; el derecho a la participación –exclusivamente procedimental–, etc.

<sup>129</sup> Vide la remisión legislativa para la «garantía» de este derecho, por ejemplo, en el art. 12 del Estatuto de Castilla y León. Y el art. 31 del Estatuto andaluz se dice expresamente: *«Se garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la Ley»*.

«derecho sin contenido», un simple enunciado incrustado con fines «propagandísticos» en el maremagnum de declaraciones de derechos de los nuevos Estatutos de Autonomía. A la vista de su evolución, y de las propias tendencias aperturistas de la actividad administrativa, último y radical criterio de legitimación de la propia Administración, no parece descabellado asumir que se trata de un auténtico derecho a la «participación privada» en la actividad público-administrativa, que abarcaría desde la información suficiente, veraz y anticipada, pasando por un sistema eficaz de participación y cooperación decisonal, y acabando, como elemento central de control –de legalidad y oportunidad– por la exigencia de decisiones transparentes, congruentes, proporcionadas y debidamente motivadas. Es un estándar de sujeción de los meros derechos procedimentales<sup>130</sup> y de potenciación de la figura de los ciudadanos, no como receptores de las políticas públicas y de las decisiones administrativas, sino como fuente originaria de la legitimidad constitucional de todos los poderes del Estado. Resta esperar a que la futura labor jurisprudencial ayude a consolidar este derecho como propio y a incrementar los criterios de control administrativo sobre la base de estas nuevas orientaciones de transparencia, efectividad y motivación.

### **3.3. Reflejo interno de las nuevas orientaciones sobre la operatividad y contenidos del derecho a una buena administración: de la esquizofrenia administrativa a la garantía plena de los derechos del ciudadano**

¿Cómo puede contribuir esta posible integración material del principio de buena administración a limar las aristas más arriba indicadas del complejo proceso transnacional de ejecución indirecta del Derecho comunitario? Se trataría de trasladar los posibles contenidos novedosos de este derecho genérico a la problemática inherente a la interconexión de ordenamientos jurídicos –nacional y comunitario– y a los problemas apuntados de desdoblamiento orgánico, falta de garantías internas y supraterritorialidad de los

<sup>130</sup> Así por ejemplo, el apartado 2.a) del art. 7 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de Navarra, se refiere expresamente al «derecho a ser oído antes de que se adopte una medida individual que le afecte desfavorablemente». No se alude aquí a la cobertura procedimental. Y no tendría sentido reiterar o garantizar un derecho indudable y básico de los interesados en los procedimientos administrativos, el derecho de audiencia. Parece tratarse, más bien, de un derecho genérico –necesariamente articulable en el seno de un procedimiento– a la información y participación activa de los ciudadanos en el marco de los procesos integrados de toma de decisiones. Transparencia y participación previas y antecedentes a la formalización de la decisión, y evidentemente necesarias en los casos de medidas individuales –o colectivas no indeterminadas– de contenido desfavorable. ¿Permitiría esto, por tanto, reconocer el derecho de participación de los vecinos de un municipio en el proceso político-administrativo de incremento de las tasas e impuestos municipales por una Corporación local determinada? ¿Abarcaría esta posibilidad de participación proactiva el derecho de audiencia ciudadana en la elaboración de decisiones estratégicas? ¿Es factible articular un derecho de audiencia de estas características por parte de una Administración autonómica, cada vez mayor y más alejada de la ciudadanía?

procedimientos administrativos, desde la visión progresista del Derecho administrativo comunitario como motor de transformación de los anquilosados aparatos administrativos nacionales y de implementación del nuevo paradigma de la «Administración colaboradora» y de un «Derecho participativo y sin desafortunados privilegios públicos»<sup>131</sup>.

El nuevo Derecho común europeo, un Derecho público en constante expansión y afianzamiento –distinto del Derecho administrativo propio por el que se rige, *stricto sensu*, la Administración comunitaria, y del Derecho administrativo interno, carente aún de una positivización, constitucional o legal, de este derecho autónomo de los ciudadanos–, deberá sostenerse, no obstante, por renovados pilares dogmáticos de integración, entre ellos la posición de la nueva Administración y de su «adecuada» actuación con respecto de los derechos e intereses de los ciudadanos<sup>132</sup>. Afianzada la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho de los Estados miembros, la privilegiada posición jurídica del sistema de derechos fundamentales<sup>133</sup>, las nuevas orientaciones de transparencia y eficacia de la actuación administrativa, limitada en todo caso por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, y la potenciación máxima de las garantías de participación democrática, corresponsabilidad en la creación y aplicación del Derecho y negociación de soluciones, parecen conducir a la efectiva importación doméstica de la plenitud de consecuencias jurídicas incluidas en el marco del derecho a una buena administración<sup>134</sup>. La ejecución interna del Derecho comunitario pasa pues por la incorporación correlativa de la totalidad de garantías comunitarias propias del principio de buena administración, más allá de su recepción positiva<sup>135</sup>, de tal forma que el polo de atracción no sea ya la Administración, y sus potestades, sino los ciudadanos y sus derechos<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> GONZÁLEZ MARIÑAS, P., «La influencia del Derecho comunitario europeo en la teoría tradicional del acto administrativo», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 324, (2005), pg. 17.

<sup>132</sup> Refiriéndose a la más que ostensible crisis actual de las construcciones tradicionales sobre la Teoría del Estado, y a la consecuente «desnacionalización» del propio Derecho, ha podido decir el profesor SOSA WAGNER: «la soberanía debe entenderse hoy de otra manera, porque no puede ligarse sin más al Estado, sino a una combinación que incluiría a éste y a la supranacionalidad, lo que nos obliga a abandonar la idea tradicional de «soberanía dividida» para abrazar la de «soberanía conjunta o compartida», apta para garantizar la diversidad inevitable de los niveles de gobierno y de poder con la unidad de la acción política y de su medio de expresión más solemne que es la producción jurídica», SOSA WAGNER, F y SOSA MAYOR, I., *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Trotta, Madrid, 2007, pg. 200.

<sup>133</sup> Como se ha dicho, «la Carta de los Derechos Fundamentales conjuga la tradición jurídica de los derechos humanos con una nueva formulación que parte de la persona como núcleo de los derechos», ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en JIMENA QUESADA, L. (coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 84.

<sup>134</sup> Vide GONZÁLEZ MARIÑAS, P. (2005): 20.

<sup>135</sup> Se ha dicho en este sentido que «el canon que ofrece el artículo 41 de la Carta no sólo permite dotar de entidad autónoma o constitucional a determinados derechos constitucionales catalogados de mera «configuración legal» hasta ahora, sino que propicia que se dote de mayor vigor al mandato constitucional del artículo 103 CE en cuanto a los principios de funcionamiento y actuación de la Administración», TOMÁS MALLÉN, B. (2004): 328.

<sup>136</sup> Como dice RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2006): 52, «El centro de la acción pública es la persona, la gente. La persona, el individuo humano, no puede ser entendida como un sujeto pasivo,

La efectividad de la interiorización procesal de este derecho fundamental comunitario exigiría, de un lado, replantear el propio ámbito subjetivo de aplicación del mismo, desdoblando su funcionalidad como derecho de la «ciudadanía europea» y como deber de observación general (en base a la legitimidad finalista contenida en la Constitución) por parte de los poderes públicos internos en la aplicación del Derecho comunitario, y, de otro, no sólo asumir la efectiva integración de ordenamientos, sino proyectar el posible estándar elevado de garantías de los ciudadanos sobre toda la actuación administrativa interna, sea o no de aplicación del Derecho europeo. Implicaría esto último, por tanto, modular o superar el principio de autonomía procedimental, corrigiendo sus posibles disfunciones e imponiéndose las mayores exigencias y garantías del derecho comunitario a una buena administración. La plena garantía de los derechos procedimentales de los ciudadanos exige, pues, la progresiva dilución de la doble naturaleza orgánica de la Administración interna, debiéndose superar la fórmula literal de la exclusiva aplicación de este derecho a los procesos de aplicación –directa o indirecta– del Derecho comunitario mediante la filtración, en tanto principio y valor general, en la propia actividad administrativa interna, si bien en los ámbitos –hoy prácticamente todos– cubiertos o afectados por la normativa o la actuación comunitaria<sup>137</sup>.

Sobre estas premisas, cabe imaginar una construcción dogmática de este derecho-deber basada, en primer lugar, en el respeto y asunción de los deberes constitucionales de diligencia funcional, proporcionalidad real de la actuación y materialización efectiva de los intereses generales (arts. 103 y 106 CE)<sup>138</sup>. Se trataría de potenciar, a través del derecho al procedimiento debido, los deberes materiales de la Administración para la conformación de una correcta actuación administrativa<sup>139</sup>, adicionales a las meras exigen-

*inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones políticas. Definir a la persona como centro de la acción pública significa, no sólo, ni principalmente, calificarla como centro de atención, sino, sobre todo, considerarla el protagonista por excelencia de la vida pública. Aquí se encuentra una de las expresiones más acabadas de lo que entiendo por buen gobierno, por buena administración en el marco democrático».*

<sup>137</sup> Se trataría, en suma, de encontrar una tercera vía para la concreción efectiva del nuevo Derecho administrativo europeo. Entre la visión estricta, como Derecho propio de la actividad administrativa comunitaria, y la amplia, y más genérica, como Derecho (público) común a todos los Estados miembros, podría asumirse, desde un punto de vista sincrético y de conjunción entre los requerimientos de efectividad comunitaria y seguridad jurídica, la posible aplicación directa de los principios generales de ese Derecho común a todas las relaciones jurídico-administrativas, comunitarias o internas. Se superaría así la construcción clásica de las fórmulas de ejecución indirecta del Derecho comunitario, resultante de la tensión entre los principios de unidad y efecto útil y el principio de autonomía procedimental. La insuficiente base legal para la legitimación actual de esta posibilidad se vería mitigada, en parte, mediante la asunción de la eficacia jurídica directa de los principios generales del moderno Derecho administrativo europeo, entre los que se encontraría el derecho a una buena administración.

<sup>138</sup> Así lo manifiesta, por ejemplo GIL SÁNCHEZ, J., «El derecho a una buena Administración», en *Internet* <http://www.ua.es/dossierprensa/2005/06/10/15.html>

<sup>139</sup> Podría conectarse, en este sentido, el contenido del derecho fundamental comunitario a una buena administración con los supuestos de responsabilidad extracontractual

cias formales del principio de juridicidad<sup>140</sup>, con una garantía sustancial y efectiva de defensa no sólo de dichos intereses generales –desde una interpretación objetiva, pero interna, de los mismos– sino, igualmente, de los intereses de los ciudadanos en su proyección sobre el procedimiento concreto de acción (entendiendo, como se ha dicho, los intereses generales como imanes a los privados). El reforzamiento de las garantías de los ciudadanos, como columna vertebral del deber de buena administración, podría pasar, en segundo lugar, por incrementar las vías y fórmulas de participación plena en la toma de decisiones (intervención *ex ante*, publicidad material de las deliberaciones, procedimientos de concertación o consultas previas, etc.), audiencia efectiva de todos los interesados –afcción individual o a intereses colectivos–, racionalizar los deberes de contestación material de las reclamaciones y quejas interpuestas, asegurar la no divulgación de la información sensible o innecesaria de los interesados que conste o se aporte en los procedimientos administrativos<sup>141</sup>, impulsar la efectiva informatización y virtualización de los procedimientos y servicios administrativos –desde las exigencias nucleares de flexibilidad, agilidad y simplificación máxima de los trámites a realizar por los ciudadanos–<sup>142</sup>, asegurar la máxima transparencia y calidad de los trámites y actuaciones procedimentales (a través, por ejemplo, de métodos de verificación técnica de carácter externo o sistemas de evaluación normativa), etc. Y en tercer lugar, la implementación efectiva de un derecho de los ciudadanos a una buena administración afectaría de lleno a una de las tensiones ya clásicas de nuestro Derecho administrativo: potestades discrecionales *adversus* motivación de los actos. Como lúcidamente expuso en su día el profesor Ponce Solé<sup>143</sup>, el deber de buena administración se encuentra directamente conectado con diversos principios constitucionales, imbricados en la cláusula del Estado de Derecho

de la Administración por funcionamiento normal, aunque no diligente, de los servicios públicos, aún desde la restrictiva consideración jurisprudencial de esta segunda posibilidad (la primera y más evidente es la de una actuación anormal) de indemnización por daños antijurídicos causados a los particulares (arts. 139 y ss. LRJ-PAC).

<sup>140</sup> Sobre la superación de la concepción formal clásica del procedimiento administrativo por nuevos esquemas de articulación funcional e innovativa y ponderación equilibrada de todos los intereses en presencia, puede ser interesante el estudio de BARNÉS, J., *Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas*, en BARNÉS, J. (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press/Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pgs. 263-341. Como bien resume el autor, «*el procedimiento como tal constituye un medio de dirección de la Administración, un modo de sujetar la acción administrativa a la Ley y al Derecho. Es, en otras palabras, una estructura reguladora, o una forma de intervención por parte del legislador*».

<sup>141</sup> Subderecho que ha sido incluido por el TJCE dentro del genérico derecho a una buena administración, en la Sentencia de 6 de julio de 2000, TJCE 2000/167.

<sup>142</sup> *Vide*, en este sentido, el libro de VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada, 2008, con una referencia expresa al deber de buena administración como exigencia de la modernización administrativa y su proyección sobre la actividad procedimental de las Administraciones Públicas y los derechos de los ciudadanos.

<sup>143</sup> *Vide*, como obra pionera en la materia y referencia ya obligada, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001 (por ejemplo, pgs. 127 y ss.).

y condensados en la necesidad ineluctable de motivación de los actos administrativos (es en la motivación donde puede verse reflejado, en realidad, el respeto de dichos principios: racionalidad, eficiencia, eficacia, objetividad, satisfacción imparcial del interés general, etc.)<sup>144</sup>. Pues bien, y aunque el debate doctrinal diste de estar cerrado, puede sostenerse que la implementación efectiva del derecho a una buena administración, como estándar adicional de racionalidad y acierto de las actuaciones administrativas, exigiría *«que el núcleo metajurídico de la discrecionalidad dejara de ser “indiferente” para el Derecho, en el sentido que éste no sólo limita y encuadra su ejercicio mediante los elementos reglados y los principios generales del Derecho, sino que, además, ofrece principios que orientan en positivo su desarrollo [...] y mecanismos [...] que permiten articular tales principios de buena administración por la Administración y su posterior control judicial, no sólo en garantía de los derechos e intereses de los interesados, sino también, a la vez, en defensa de la buena administración»*<sup>145</sup>. La motivación de las decisiones discrecionales no puede reducirse a la propia opción administrativa, como si todas fueran igual –e indiferentemente– válidas, justas y oportunas (autolegitimación decisional). El derecho-deber de buena administración exige, al contrario, una efectiva y real ponderación de todos los intereses en presencia<sup>146</sup> (en tanto que la decisión se basa siempre, y en realidad, en criterios extrajurídicos), y la justificación material de que la decisión discrecional es la más oportuna y conveniente desde la perspectiva, siempre presente, de la plena satisfacción de los intereses generales. Desde este reforzamiento de los estándares de diligencia material y procedimental, realidades de legitimación paralelas y complementarias, y desde la propia subordinación del mero ejercicio del poder a la satisfacción de los intereses generales, cabe igualmente racionalizar la actividad administrativa de ejecución comunitaria mediante la exigencia de un «plus de adecuación a los fines perseguidos», extendiendo realmente el control judicial de la actividad a la verificación de la congruencia, proporcionalidad y materialización real de los fines propios de la Administración (art. 106.1 CE).

Se trataría, en definitiva, de superar, desde la asunción de la aplicabilidad directa de este derecho fundamental comunitario, la visión tradicional de la motivación (fundamentalmente de las decisiones administrativas discre-

<sup>144</sup> Sobre la conexión entre el derecho a una buena administración y la obligación genérica de motivación de las Administraciones Públicas puede verse, por ejemplo, la STS de 22 de febrero de 2005 (RJ 2005, 2601).

<sup>145</sup> PONCE SOLÉ, J., «¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al Gobierno? El traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006», *Revista de Administración Pública*, 173 (2007), pgs. 244-245.

<sup>146</sup> *«La elección final en que consiste la decisión discrecional es el resultado de una ponderación comparativa entre variados intereses secundarios en orden a conseguir el interés general establecido por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, la discrecionalidad consiste en esa ponderación y en la elección que se deriva de la misma, elección que es realizada en base a un criterio, el cual no está prejuzgado la mayor parte de las veces en el ordenamiento, de naturaleza extrajurídica»*, *Ibidem*, pg. 83.

cionales) como un puro elemento formal<sup>147</sup>, imponiendo un control judicial (material) no tanto del acierto (oportunidad) de la Administración, sino de la constancia y reflejo procesal de la efectiva ponderación equilibrada y racional de los diferentes intereses o valores en presencia<sup>148</sup>. El deber de buena administración aunaría, pues, objetividad con racionalidad, permitiendo un reforzamiento de los propios cauces procedimentales y de los instrumentos para la toma de decisiones y, a la vez, un incremento de las garantías de defensa de los ciudadanos, desde el parámetro de control de la efectiva evaluación de todas las opciones posibles permitidas, en su caso, por la norma.

<sup>147</sup> Vide, en este sentido, IGARTÚA SALAVERRÍA, J., *La motivación de los nombramientos discrecionales*, Civitas, Madrid, 2007.

<sup>148</sup> Como dice igualmente J. PONCE SOLÉ (2001): 132, «este deber, [...], no va dirigido tanto al resultado final del ejercicio de la discrecionalidad, el acto, el reglamento o el plan adoptados, como al iter de elaboración de la misma, al modo de desarrollo de la función administrativa. El deber de buena administración atiende más a la perspectiva dinámica, al modo en que se va concretando el poder, que al resultado mismo del ejercicio, aunque también a éste, puesto que modo de elaboración y calidad de la decisión final son como las dos caras de una misma moneda: es difícil que pueda existir una buena decisión, perspectiva estática, si previamente no se ha desarrollado correctamente el poder, si la transformación de la función en decisión final no ha permitido el servicio oportuno al interés general».