

Sobre la aceleración de los procedimientos administrativos

¿Una mayor disciplina o una consensuación
de la acción administrativa?

SUMARIO: I. PROBLEMATICA DE LAS MEDIDAS DE ORDEN ACELERATORIO ACTUALMENTE EN DISCUSION. 1. Necesidad de la aceleración. 2. Propósitos reformadores del Gobierno federal y de los distintos gobiernos de los *Länder*. 3. Análisis de eficacia. II. ACELERACION A TRAVES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CONSENSUALES. 1. Objetivo conductor y praxis administrativa. 2. Problemática jurídica. III. ¿ES POSIBLE ACELERAR PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS MEDIANTE PROCEDIMIENTOS DE CONSENSUACION ORGANIZADOS PRIVADAMENTE? 1. La imagen de la mediación. 2. Las específicas premisas favorables existentes en el sistema administrativo norteamericano. 3. Problemática de su asunción para la actuación de la Administración alemana. IV. LA *MEDIATION* COMO INTERMEDIACION ESTATAL EN LOS CONFLICTOS.

I. PROBLEMATICA DE LAS MEDIDAS DE ORDEN ACCELERATORIO ACTUALMENTE EN DISCUSION

1. NECESIDAD DE LA ACELERACIÓN

Por lo general, los procedimientos de planificación y concesión de autorizaciones duran en la actualidad muchos años. Para la aprobación definitiva de un plan de urbanismo se ha de contar con tiempos que oscilan entre tres y diez años, mientras que para la planificación de medidas infraestructurales (ferrocarril, carreteras, vías fluviales o aeropuertos, por ejemplo) los tiempos varían entre diez y veinte años ¹.

Artículo traducido por Jaime NICOLÁS MUÑIZ.

¹ Acerca de la duración de los procedimientos en el caso de los planes de edificación, *vid.*

Estos tiempos vienen incluso incrementados por la introducción a nivel federal, con carácter vinculante, de determinados procedimientos de ordenación del territorio y controles de compatibilidad ambiental ². Durante el transcurso de los largos y costosos procedimientos con frecuencia se ven alterados los datos de la planificación, lo que hace necesarios nuevos trabajos de campo y, consiguientemente, nuevos estudios. Todo esto lleva a nuevas demoras. Y cuando se llega al final, a menudo los proyectos planificados años antes no resultan financiables, sobre todo para inversores privados. Los costos así resultantes de orden temporal, económico y motivacional acaban chocando incluso en Estados económicamente en prosperidad y altamente desarrollados con límites absolutos. En el marco del ya inminente mercado único comunitario se ha de temer además que, en la competencia que se ha de establecer en torno a las localizaciones, comporten considerables desventajas para la RFA ³. Y para situaciones de reconstrucción como la que actualmente se da en la antigua RDA, esto resulta insoportable. En esta medida la aceleración de los procedimientos resulta hoy de una urgencia imperiosa.

SCHÄFER/SCHMIDT/EICHSTAEDT, *Praktische Erfahrungen mit dem BBauG*, 1984 (informe editado por la Fundación Konrad Adenauer con el núm. 34 de la colección *Forschungsberichte*), esp. pp. 94 y ss.; en relación con la duración de la planificación de medidas de orden infraestructural, *vid.* el proyecto de ley para la aceleración de los proyectos de planificación de las vías de comunicación de titularidad federal en los nuevos *Länder* y en el *Land* de Berlín (que en lo sucesivo citaremos por su abreviatura alemana: *BeschleunigungsGE*), adoptado por el Gabinete el 8 de mayo de 1991, BR-Dr (Boletín del *Bundesrat*) 303/91, de 24 y 25 de mayo de 1991, especialmente el punto I.2 de la Memoria, así como la toma de posición del Ministerio de Transportes de Baden-Württemberg frente a la petición del grupo parlamentario cristiano-demócrata presentada en el Parlamento de Stuttgart bajo el título de *Forderungen für ein Verkehrskonzept in Baden-Württemberg* (requisitos de la concepción de la planificación del tráfico en Baden-Württemberg), LT-Dr (Boletín Oficial del *Landtag*) 10/4813. La falta de coincidencia completa en los datos acerca de la duración de los procedimientos no parece que se deba a diferencias basadas en la distinta regulación entre los diversos *Länder*, sino a la inclusión o no inclusión de algunas fases del procedimiento como, por ejemplo, los estudios previos.

² *Vid.* el § 6 a II ROG [siglas de Raumordnungsgesetz (ley de ordenación del territorio)] de 1989 en conexión con el propio reglamento de la Ley, de 13 de diciembre de 1990 (BGBl, I, 2766) y los §§ 2 II, III y 3, 4 UVPg (1990) en conexión con el Anejo al § 3, así como la comunicación oficial relativa al § 16 FStrG.

³ Teufel, el Ministro-presidente de Baden-Württemberg, recordaba con motivo de la inauguración de la línea de alta velocidad entre Mannheim y Stuttgart que su realización había durado veinte años y que en el mismo lapso de tiempo Francia había construido casi toda su red de alta velocidad, que lleva ya funcionando con éxito mucho tiempo. En Baden-Württemberg se tuvo que examinar 6.000 impugnaciones en vía administrativa y más de 130 recursos contencioso-administrativos. *Vid.* el *Südkurier* de 4 de junio de 1991, p. 9.

2. PROPÓSITOS REFORMADORES DEL GOBIERNO FEDERAL Y DE LOS DISTINTOS GOBIERNOS DE LOS LÄNDER

Para lograr tal objetivo se ofrecen en principio dos posibilidades de solución. Se puede intentar disciplinar los distintos procedimientos en elementos puntuales, o también se pueden buscar nuevas vías con las que hacer superfluos, al menos en parte, los lentos y pesados procedimientos al uso. Los planes de reforma del Gobierno federal y de algunos ejecutivos de los *Länder* occidentales sólo persiguen la primera de las alternativas⁴. Relevancia actual ha adquirido el proyecto de ley del Ministerio federal de transportes para la aceleración de la planificación especialmente de las carreteras y ferrocarriles federales y aeropuertos en los nuevos *Länder* y vías de comunicación en los centros económicos de Alemania occidental, en el que se plasman en buena medida las reformas hoy en día a examen, de tal manera que puede entenderse como ejemplar en relación con esas medidas.

Hoy por hoy no se puede predecir cómo quedará al final la redacción de la ley propiamente dicha. El Consejo Federal ha planteado numerosas objeciones al respecto. Según informaciones de prensa todavía sin confirmar, el gabinete se propone tomarlas en cuenta en la medida en que a los *Länder* se les deja la posibilidad de decidir si quieren llevar a cabo en un plazo de tres meses un determinado procedimiento de ordenación del territorio. También se están considerando plazos abiertamente más largos o posibilidades de ampliación de los ordinarios aplicables a fases concretas del procedimiento⁵. Cuando de lo que se trata es de una discusión global de las distintas medidas de signo aceleratorio esos detalles carecen de mayor relevancia, máxime cuando las medidas ya se han examinado o incluso introducido, con un matiz u otro, en relación con otras leyes.

⁴ Cfr., por ejemplo, el informe de la Comisión independiente para la simplificación legal y administrativa (la llamada «Comisión Waffenschmidt»), editado en 1990 por el Ministerio federal del Interior; el informe sobre «Procedimientos de autorización más rápidos y calculables» del grupo de trabajo constituido entre los departamentos ministeriales y la Cancillería de Baja Sajonia, publicado en 1989 por el Gobierno bajo-sajón; el informe del Ministerio de medio ambiente de NRW sobre «Aceleración de los procedimientos de autorización de instalaciones», disponible como LT-Dr 10/2625; el informe con el mismo título de la comisión bávara para el examen de las normas de 1990. En lo que concierne a Baden-Württemberg, pp. 85-113, *vid.* la toma de posición del Ministro del Interior del *Land* en relación a las investigaciones del gabinete sobre «Estructura de la Administración, información y comunicación» de su Ministerio y del Prof. BULLINGER, catedrático de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, reflejada en LT-Dr 10/2415, de 30 de octubre de 1989, 10/4813, de 22 de febrero y 10/5450, de 21 de junio de 1991. Sobre esto *vid.* el trabajo de BULLINGER recogido en el número 234 de esta Revista.

⁵ Cfr. la toma de posición del Consejo Federal en: Br-Dr 303/91, de 5 de julio de 1991. Para la reacción del gabinete, consúltese el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 29 de agosto de ese mismo año.

La ley para la aceleración en principio debe ser de aplicación a todos los procedimientos iniciados hasta fines de 1995⁶. Desde el punto de vista del contenido, las modificaciones que se establecen son las siguientes: según el Derecho vigente, las carreteras se planifican por lo general conforme a un procedimiento de dos fases, en el que en un primer momento se procede a determinar los trazados generales para a continuación adoptar una resolución de concreción del plan que establece vinculadamente los tramos de carreteras que de hecho se van a llevar a cabo. Para las otras vías de comunicación rigen normativas similares. Según la ley de aceleración, a partir de ahora corresponde en exclusiva al Ministro federal de transportes definir el trazado de todas las vías indicadas, esto es, también de los ferrocarriles federales, sin que precise ya de la conformidad de otros ministerios, como el de medio ambiente o el de obras públicas⁷. De la misma manera, los procedimientos de ordenación del territorio, que sirven a la armonización a gran escala de distintas planificaciones, y los exámenes de compatibilidad ambiental, con la correspondiente participación del público, decaen en esta fase del procedimiento⁸.

En relación con la segunda fase procedimental, la de concreción del plan, en la que también se han de examinar las alternativas más importantes estudiadas en el momento de la fijación de los trazados, se ha de proceder a fijar plazos para las tomas de posición de terceros organismos; en el caso de que no vengan observados, la «conformidad» se tiene por producida o, lo que es igual, se finge⁹. Ficciones se-

⁶ De acuerdo al texto aprobado por el gabinete de la denominada «Ley para la aceleración de la planificación de las vías de comunicación» (*vid. supra* nota 1), la ley debe tener vigencia para todas las vías de comunicación de la Federación (ferrocarriles, carreteras, canales), así como para aeropuertos comerciales y tranvías, tanto subterráneos como de altura. En la práctica, el núcleo esencial lo constituyen las carreteras y es en torno a ellas que también se orienta este artículo. En lo que concierne a otras infraestructuras de tráfico se dan en la actualidad variaciones en parte menores que afectan a elementos puntuales del procedimiento, pero la problemática sigue siendo la misma. En algunos sentidos, la redacción de la ley no resulta enteramente clara. Así, por ejemplo, conforme a su § 1 y en contra del propio título, la ley ha de aplicarse también a la planificación de la construcción de vías de comunicación de larga distancia entre los nuevos *Länder* y los centros económicos del resto del territorio federal, lo que posibilita también una generosa aplicación en los primitivos *Länder*; ésta, por lo demás, conforme al § 1 II, ha de concretarse por la vía de un reglamento aprobado por el Ministerio federal de transportes con el consentimiento del Consejo Federal. Aunque, según el § 1 de la ley, su vigencia se limita hasta el 31 de diciembre de 1995, la disposición transitoria contenida en el § 11 II la hace aplicable a todos los procedimientos que se hubieran iniciado con anterioridad a esa fecha.

⁷ La vigencia del § 16 FStrG queda, pues, suspendida. Según la FAZ (*vid. supra* nota 5), el gabinete no se propone corresponder a la petición del Consejo Federal de mantener cuando menos la conformidad del Ministro federal de medio ambiente.

⁸ La aplicación de los preceptos sobre la ejecución de un procedimiento de ordenación del territorio y del examen formal de compatibilidad ambiental (*vid. supra* nota 2) queda expresamente suspendida en el § 2 II del proyecto de ley. En respuesta a la objeción suscitada por el Consejo Federal, siempre según la FAZ, la ejecución de los expedientes de ordenación del territorio ha de quedar ahora a disposición de los *Länder*.

⁹ Cfr. el § 3 IV del proyecto de ley de aceleración.

mejantes en relación con autorizaciones o aprobaciones las hay ya también en otras leyes¹⁰. Para las impugnaciones formuladas por ciudadanos existe una regulación de los plazos en el propio régimen general de las resoluciones de concreción del plan; según esta regulación, la inobservancia de los plazos lleva a la exclusión del procedimiento administrativo del interesado y de sus impugnaciones (la llamada «preclusión formal»)¹¹. Mediante una modificación de las distintas leyes sectoriales de planificación, a partir de ahora la inobservancia de los plazos en la fase de concreción del planeamiento de ferrocarriles y carreteras de larga distancia federales lleva consigo un efecto preclusivo material, esto es, a la exclusión de las impugnaciones también en la eventualidad de un procedimiento judicial posterior¹². Frente a estos desarrollos, se pueden argumentar objeciones de orden jurídico-constitucional tanto desde el punto de vista de la garantía de una tutela judicial efectiva (art. 19 IV LF) como de la eficacia material de los derechos fundamentales en el Derecho procesal¹³. Estos argumentos, sin embargo, por razones de seguridad jurídica y de las necesidades prácticas que se dan en los procedimientos masivos no son compartidos por la jurisprudencia de los tribunales superiores, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos mínimos propios del Estado de Derecho, sobre todo cuando están garantizados el conocimiento del procedimiento, de su objeto y del efecto preclusivo, así como la posibilidad de hecho de salvaguardia de los derechos¹⁴. Este no es el caso cuando al ciudadano el efecto excluyente, también en relación con el procedimiento judicial, no le resulta percible sin más y el hacer valer sus derechos subjetivos no conduce a una «evaluación y examen justamente de su posición jurídica concreta individual y de las impugnaciones formuladas en su defensa»¹⁵. En esta medida también debería

¹⁰ Cfr. el § 19 III BauGB (en relación con la «autorización de división»), así como el § 5 II y III de la ley para el fomento de la construcción de viviendas —una ley con una vigencia temporal de cinco años— de 17 de mayo de 1990, *BGBI*, I, p. 926, en virtud de la cual, una vez transcurrido un plazo de tres meses, la autorización de un proyecto no se puede denegar por las razones de orden jurídico-planeatorio de los §§ 30 y ss. BauGB, o la ficción de aprobación en los proyectos de registro obligatorio contenida en el § 12 VI GentechnikG, de 23 de junio de 1990, *BGBI*, I, p. 1080.

¹¹ § 73 V y VI VwVfG.

¹² § 17 IV FStrG (texto resultante de la tercera Ley de depuración del ordenamiento jurídico de 28 de junio de 1990, *BGBI*, I, p. 1221); una regulación de este tipo se introdujo con el § 36 IV BBahnG en lo concerniente a la concreción del planeamiento de las vías férreas federales. *Vid.* también ya el § 10 III, inc. 4 BImSchG.

¹³ Cfr. BVerfGE, 52, 380 (389 y ss.), también en *NJW*, 1980, p. 1153 (deber de aclaración en relación con examinandos); BVerfGE, 53, 30 (62 y ss.), también en: *NJW*, 1980, p. 759 (Asunto *Müllheim-Kärlich*). Estos principios no se vieron abandonados, sino meramente matizados por BVerfGE, 61, 82, también en: *NJW*, 1982, p. 2173; por todos, *vid.* RONELLENFITSCH, *VerwArch*, 78 (1987), pp. 323 y ss. (esp. 336, con n. 73), quien se refiere a BVerfGE, 74, 1 (6).

¹⁴ BVerfGE, 60, 297 (312 y ss.), también en: *NJW*, 1981, p. 359; BVerfGE, 61, 82 (109 y ss.), también en: *NJW*, 1982, 2173, y en: *NVwZ*, 1982, 554 L.

¹⁵ Esto último lo subraya expresamente BVerfGE, 61, 82 (115), también en: *NJW*, 1982, p. 2173; lo primero no es contemplado con el mismo rigor en relación con una redacción del

parecer cuestionable, también según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, el hecho de que la ley de aceleración pretenda declarar superfluo un examen de las impugnaciones con los afectados en tanto en cuanto no se trate de una obra nueva, sino solamente de una modificación de una vía de comunicación, esto es, por poner un ejemplo, de una ampliación o una rectificación de una carretera existente ¹⁶.

En el caso de que no se vean perjudicados derechos de terceras personas o los interesados se declaren conformes con la afectación de su propiedad o cualquiera otros de sus derechos la «resolución de concreción del planeamiento» deberá poder ser sustituida por una mera «autorización del planeamiento» ¹⁷. Esto tiene como consecuencia que también en esta última fase del procedimiento planificador deja de producirse una participación del público. Esta regulación corre así el riesgo de atentar contra la directiva comunitaria 85/337/CEE que, entre otras cosas, impone a los Estados miembros, en relación con la construcción de autopistas y autovías, tramos ferroviarios de larga distancia, así como aeropuertos, la obligación, a partir de determinadas dimensiones de los proyectos, de introducir un examen de compatibilidad ambiental con participación del público ¹⁸. La ley sobre exámenes de compatibilidad medioambiental dictada en aplicación de esa directiva resulta ejemplar a este respecto y, tanto en lo que atañe a la fijación de los trazados como a la fase de concreción del planeamiento, ha cumplido con creces las obligaciones de la norma comunitaria. La limitación de la comprobación de compatibilidad ambiental a la fase de «concreción» prevista ahora en la ley de aceleración puede todavía compatibilizarse con la directiva comunitaria, cosa que no sucede con la exclusión de la participación del público en la fase de «autorización del planeamiento». La referencia efectuada en la memoria justificativa de la ley en el sentido de que la compatibilidad ambiental, obviamente, se comprueba por el propio órgano competente para la autorización no cambia nada la situación. Ciertamente el artículo 2 III de la directiva prevé que en casos excepcionales los Estados miembros puedan excepcionar total o parcialmente a un proyecto concreto de las previsiones de la directiva, a cuyo efecto han de informar al público y a la Comisión de las Comunidades acerca de las razones que les llevan a tal exceptuación. Ahora bien, esta regulación sólo vale para casos concretos, sin que pueda justificar una regulación general de la exceptua-

§ 31 AtAnIv, correspondiente al § 17 IV FStRG. *Vid.*, a este respecto, STREINTZ, *VerwArch*, 79 (1988), pp. 272 y ss. (esp. pp. 304 y 311).

¹⁶ § 3 del proyecto de ley de aceleración.

¹⁷ § 4 del proyecto de ley de aceleración.

¹⁸ Cfr. los artículo 4 I, en conexión con el Anejo I, núm. 7, y 2 III de la directiva comunitaria de 27 de junio de 1985 sobre el examen de compatibilidad ambiental de determinados proyectos públicos y privados (85/337/CEE).

ción, que a mayor abundamiento viene puntualizada por la conformidad de quienes se ven afectados en sus derechos. Y de esta conformidad no se trata precisamente por lo que hace a la participación del público impuesta en el marco de la comprobación de compatibilidad ambiental¹⁹.

Por otra parte, el proyecto de ley de aceleración también prevé que contra las resoluciones de concreción del planeamiento y las autorizaciones de los planes ya sólo se pueda interponer recurso, en primera y única instancia, ante el Tribunal Supremo Administrativo. Estos recursos no tendrían efecto suspensivo, y sería posible una ocupación anticipada acelerada²⁰.

Algunos *Länder* —como, por ejemplo, Baden-Württemberg— se proponen proceder a introducir modificaciones similares en relación con los procedimientos administrativos regulados a su nivel; por lo demás, el gobierno de Baden-Württemberg considera «políticamente inoportuno» eliminar también el procedimiento urbanístico y el correspondiente examen de compatibilidad ambiental. También se está considerando introducir, para los casos de grandes proyectos, una forma especial de gestionar los procedimientos mediante el recurso a un «gerente del expediente» o un «equipo del proyecto» en cuyas manos residenciar la ejecución del proyecto en todas sus fases, incluido el eventual procedimiento judicial²¹.

Adicionalmente el Ministro federal de justicia ha propuesto que los trazados de las distintas carreteras sean aprobados mediante ley del Parlamento. Esto tendría como consecuencia que siempre podrían ser controlados por el Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, con una regulación de estas características, además de la garantía de la tutela judicial, también resultaría muy afectada la división de funciones entre los poderes del Estado. Por ello, a mi entender, la propuesta ha de desecharse por razones jurídico-constitucionales²².

De las medidas previstas en la ley de aceleración se espera una reducción hasta el 50 por 100 de la duración de los procedimientos, esto es, una reducción de hasta un máximo de seis años en grandes proyectos. A las empresas dispuestas a efectuar inversiones en los nuevos *Länder* incluso este abanico temporal habrá de parecerles excesivo,

¹⁹ A una interpretación conforme con el Derecho europeo no hay lugar por la simple razón de que los principales casos de aplicación de la ley están comprendidos dentro de la directiva comunitaria y, en este sentido, la ley no efectúa ninguna precisión ni hace la más mínima alusión.

²⁰ §§ 5 y 7 del proyecto de ley de aceleración.

²¹ Acerca de la discusión sobre las reformas en Baden-Württemberg y otros *Länder*, *vid.* las referencias contenidas *supra* en n. 4.

²² En relación con ello, *vid.* la respuesta del Gobierno federal, BT-Dr 12/330, de 3 de abril de 1991. Sobre lo dudoso de la constitucionalidad de la propuesta, *cfr.* el caso paralelo de la expropiación por ley, sólo restringidamente admisible, en: BVerfGE, 24, 367 (402) y NJW, 1969, p. 309.

pues en muchas ramas de la actividad económica llevar adelante una determinada empresa no es posible sin la previa creación de una infraestructura eficiente. Esto se evidencia ya en referencia al mero almacenamiento logístico, al que le corresponde, entre los costos de producción, un peso varias veces mayor que al nivel salarial. Con independencia de ello también hay, sin embargo, considerables dudas acerca de si se puede partir realmente del indicado efecto aceleratorio.

3. ANÁLISIS DE EFICACIA

Cuando lo que se intenta es valorar con realismo el efecto aceleratorio de unas medidas ajustadas a las normas europeas y al Derecho constitucional, primeramente se ha de averiguar las causas de la larga duración de los procedimientos administrativos y medir, a la vista de los datos resultantes, las perspectivas de éxito de las reformas. A falta de análisis científico-sociales convincentes se está abocado a meras consideraciones generales de mayor a menor plausibilidad. Cuatro son las causas principales que a uno se le presentan: la complejidad de las circunstancias, la amplitud de la tutela judicial, la participación ciudadana y la cambiada forma de entender la propia condición de ciudadano.

a) *La complejidad de las circunstancias* resulta sobre todo del elevado grado de diferenciación y especialización de nuestra sociedad, que fuerza a un proceso semejante de diferenciación de las leyes y del aparato administrativo.

a') En vez de una cláusula general de policía para hacer frente a los riesgos hoy en día necesitamos, por ejemplo, una ley de vertidos, una ley de residuos, una ley de protección de la naturaleza, una ley de depuración de las aguas, una ley de la energía nuclear, una ley de protección frente a las radiaciones, una ley de alimentos y otras muchas por el estilo. Lo mismo se puede apreciar en relación con otros ámbitos de cometidos estatales. Esta es una de las razones del lamentado «diluvio de leyes»²³, y por esto mismo no ha de ser posible cambiar mucho las cosas en este punto.

Para la ejecución de esas leyes se requiere una multiplicidad de expertos, empezando por juristas, pasando por químicos de la alimentación y llegando a físicos atómicos. Esto propicia una ampliación de los departamentos y unidades en los organismos administrativos generales y una multiplicidad de organismos e instituciones especializados. En todo caso, como los prácticos siempre constatan, la especialización de

²³ De la rica bibliografía sobre el tema *vid.* ISENSEE, *ZRP*, 1985, p. 139, con múltiples referencias bibliográficas, en las nn. 2 y ss.

los organismos públicos apenas puede seguir el ritmo de la de sociedad a la que deben controlar ²⁴.

b') Este desarrollo arroja luz sobre dos cuestiones. Por una parte, el proceso de diferenciación de la Administración exige unos procedimientos de participación y armonización entre los distintos departamentos administrativos y dentro de ellos mismos al objeto de garantizar que el saber experto, cada vez más especializado, se incorpore a la decisión. Por otra parte, no resulta posible mantener por más tiempo la idea tradicional de los funcionarios públicos como generalistas, y menos aún en el Derecho de la planificación con toda su compleja situación decisional. Desde el punto de vista formal, ciertamente, se pueden concentrar en una sola mano las decisiones con independencia del carácter diverso de los respectivos objetos, como hoy en día, además de para las resoluciones de concreción de la planificación, también está previsto para la simple autorización de planificación; cuando tiene lugar esta decisión, ya no hacen falta otras decisiones de distintos organismos, como sería el caso de otros permisos, concesiones o autorizaciones. Esta clase de efecto concentrador sirve a la claridad de la situación jurídica y a la protección jurídica del ciudadano, que en el caso de verse perjudicado en sus derechos no necesita dirigirse más que a un solo organismo público. Ahora bien, desde el punto de vista material, de fondo, una decisión planificatoria talmente compleja no puede proceder de un solo sujeto, sino de los diversos especialistas, cada uno de ellos aportando a la decisión su parte específica, por ejemplo, en materia de protección de las aguas o de desarrollo regional.

Por tanto, no resulta claro sin más por qué el Ministro federal de transportes no ha de necesitar el acuerdo de los otros departamentos especializados, en especial del Ministerio de urbanismo y del de medio ambiente, y por qué se considera prescindible el procedimiento urbanístico, que, sin embargo, si para algo fue introducido fue para hacer posible una actuación armonizada entre los distintos titulares de la planificación. Si a la hora de planificar el tráfico se trata de encontrar soluciones que puedan ser compartidas por los distintos organismos especializados implicados, los acuerdos y los compromisos se han de seguir alcanzando por el mismo procedimiento que en la actualidad. Pero si se quiere que el Ministro federal de transportes pueda pasar sin más por encima de las colisiones en la planificación y de las objeciones de los especialistas, sus proyectos de planificación corren el peligro de neutralizar y hasta alterar por completo la acción de las planificaciones llevadas a cabo en otros sectores y hacer necesarias nuevas medidas de saneamiento.

²⁴ A esta circunstancia ha llamado la atención acertadamente el Prof. Dr. Dolde, abogado de Stuttgart, en el curso de una consulta a expertos realizada por el Parlamento del *Land* el 28 de mayo de 1991.

b) Junto a la complejidad, otro factor retardatario a considerar es la *protección judicial*, que se ha venido desarrollando con amplitud cada vez mayor en el último siglo. También aquí se podrían introducir restricciones concretas. Así se podría pensar en normativas según las cuales los defectos de procedimiento carecieran en principio de relevancia judicial, tal y como ya está previsto para los planes urbanísticos en los §§ 214 y 215 BauGB. Este tipo de medidas no resultan ilimitadamente admisibles teniendo en cuenta que la protección de los derechos fundamentales exige también una adecuada configuración de los procedimientos. Pero aunque por un momento prescindieramos de esas objeciones de orden constitucional, su efecto aceleratorio se mantiene dentro de ciertos límites. Pues si a los tribunales se les priva del control acerca de la observancia de las normas de procedimiento, tendrán que revisar tanto más minuciosamente el cumplimiento del mandato de ponderación e incluir en esa revisión elementos procedimentales como, por ejemplo, la forma en que se han establecido los datos.

Con similar escepticismo se ha de valorar la reducción de las instancias de recurso en vía judicial. Cuando, como recientemente se ha acometido en relación con los grandes proyectos de planificación, la competencia en primera instancia se ha desplazado desde los *Verwaltungsgerichte* (tribunales administrativos con competencia territorial más o menos provincial) hasta los *Oberverwaltungsgerichte* (equivalentes más exactamente a nuestros actuales Tribunales Superiores de Justicia) y ahora incluso hasta el *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), los procedimientos tendrán que alargarse en la medida en que en la nueva instancia superior falta el trabajo previo que de otra manera ya habría realizado la instancia inferior y porque la sobrecarga de trabajo de la instancia superior trae consigo problemas de personal que no se pueden resolver con rapidez —y que, por lo demás, después tampoco se pueden reparar fácilmente. Tal vez se espera que los retrasos en el tribunal no perjudiquen a la marcha de la planificación, puesto que lo que se pretende en definitiva es también eliminar el efecto suspensivo de la acción. Aquí se estaría incurriendo en un grave error: pues en estos casos el tribunal con tanto mayor frecuencia suspenderá el procedimiento administrativo hasta la decisión jurisdiccional —algo que, con vistas a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, no se puede impedir y que hasta puede constituir una obligación para los órganos jurisdiccionales—. Por esta razón, no se pueden depositar en un acortamiento de los procedimientos judiciales esperanzas muy grandes de aceleración.

c) En lo que atañe, finalmente, a la tercera causa de retraso, las distintas formas de la *participación* de los ciudadanos, las restricciones apenas si se van a poder imponer, por razones puramente políticas. En esta medida no se puede por menos que estar del lado del gobier-

no de Baden-Württemberg cuando, a diferencia del proyecto de ley presentado por el ministro federal de Transportes, continúa insistiendo en el introducido procedimiento de ordenación del territorio con su examen de compatibilidad ambiental. Con independencia de ello, sin embargo, es también dudoso que tales restricciones procedimentales puedan producir globalmente un efecto aceleratorio esencial, pues los procedimientos de participación cumplen en gran medida una función de absorción de protesta o, dicho de forma positiva, de fomento de la aceptación²⁵. Si se redujera, otras formas de protesta —como, por ejemplo, sentadas de bloqueo— podrían provocar en determinadas circunstancias retrasos aun mayores. A la larga, la protesta masiva, a cuya medida se produce la articulación en el procedimiento administrativo, no se puede oprimir y se vuelve a manifestar en otros puntos.

d) En conexión con ello se encuentra un cuarto factor causal que se pasa por alto con demasiada facilidad, a saber: el cambio operado en la manera de entenderse los ciudadanos a sí mismos como elemento integrante de una nueva *cultura jurídica y administrativa*. No en última instancia en virtud de la garantía de una tutela judicial global y de una participación diversificada, el ciudadano ha tomado conciencia de sus derechos individuales y políticos. Ya no recela de hacerse valer, en protesta individual o colectivamente, ante los órganos de la Administración, las instancias políticas y los tribunales. Esta es una evolución que difícilmente se puede invertir, y en todo caso no sin considerables costos políticos y constitucionales. Cierra el paso a una práctica administrativa paternalista-autoritaria y sugiere un modo de dirigir la Administración orientado hacia la aceptación de los ciudadanos. Esto no excluye un proceder decidido de las Administraciones, pero se debería interpretar como *ultima ratio* frente a aquellos que también se niegan a un amplio consenso o se cierran al interés común nacional y, en el plano supranacional, europeo.

II. ACELERACION A TRAVES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CONSENSUALES

1. OBJETIVO CONDUCTOR Y PRAXIS ADMINISTRATIVA

Este comedido balance de los efectos aceleratorios de las reformas de los procedimientos administrativos habituales nos lleva a la pregunta de si en lugar o junto a esas medidas no se debería encontrar nuevas vías para imprimir mayor celeridad cuya eficacia pudiera estribar,

²⁵ HOFFMANN-RIEM, *Konfliktmittler in Verhandlungen*, 1989, pp. 22 y ss., 36; WÜRTENBERGER, *NJW*, 1991, p. 257 (260).

por ejemplo, en hacer superfluos, cuando menos en parte, los lentos y complicados procedimientos tradicionales. A la vista de los factores de retardo que hemos señalado habría que pensar a este respecto ante todo en soluciones «consensuales». Si se consiguiera, contando con una amplia participación de los afectados por una planificación, obtener múltiples informaciones, poner en claro los respectivos intereses y encontrar —entre los distintos puntos de vista— un compromiso aceptable por todas las partes y aceptado de hecho por muchos de los implicados se estarían eliminando en gran medida los motivos de protesta política y de litigiosidad judicial.

En la actualidad, éste es un procedimiento que se ve favorecido desde la teoría del Estado bajo el lema del «Estado cooperativo», que crearía un clima favorable de aceptación de buena gana y no de sometimiento forzado²⁶. La praxis administrativa se sigue sirviendo ampliamente de este método de negociación. Así, por poner un ejemplo, los organismos administrativos informan a los colindantes, antes incluso de la apertura formal del expediente administrativo formal, acerca de la solicitud de edificación o de la petición de autorización de una instalación industrial y, en caso de que se produzcan objeciones razonables, tratan de forzar soluciones de compromiso y que la solicitud del permiso se presente en los términos convenientes al efecto. Cuando se trata de proyectos de grandes dimensiones, como es lógico, estas negociaciones son más difíciles y, si acaso, se desarrollan sólo una vez iniciado y en el seno del procedimiento administrativo o incluso posteriormente, en vía judicial, bajo la forma de una compensación formal²⁷. Un ejemplo señalado de esto que acabamos de apuntar lo ofrecen las negociaciones que se celebraron con ocasión de la construcción y afianzamiento provisional del segundo puente sobre el Rin en Konstanz. Los ciudadanos que protestaban consiguieron no sólo el levantamiento de murallas de protección contra los ruidos y limitaciones al tráfico de vehículos pesados, sino también la promesa de adopción de determinadas normas de tráfico y de no instalar carteles indicativos en los accesos al puente²⁸.

Por otra parte, entretanto no sólo los ciudadanos, sino también la Administración ha aprendido a sacar partido en provecho propio del método negociador en la medida en que amenazan con el dictado de

²⁶ Vid., a este respecto, la profunda exposición de E. H. RITTER, *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 1990, p. 50; íd., *AÖR*, 104 (1979), p. 389; RENGELING, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1988; J.-J. HESSE, «Aufgaben einer Staatslehre heute», en: Ellwein/Hesse/Mayntz/Schaarpf, eds., *Jahrbuch zur Staatsundund Verwaltungswissenschaft*, 1987, p. 55 (pp. 68 y ss.); HOFFMANN-RIEM, *AÖR*, 115 (1990), p. 400 (414 y ss.); PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, prólogo y pp. 317 y ss., 569 y ss.; WÜRTEMBERGER, *NJW*, 1991, p. 257 (260 y ss.).

²⁷ BROHM, *NJW*, 1984, p. 8 (12 y ss.).

²⁸ GULDIN, *Streit ums Paradies*, Konstanz, s. a.

disposiciones gravosas o abren perspectivas de unas actuaciones oficiales deseadas. Así, por ejemplo, las administraciones municipales tratan de impedir la degradación social de los viejos barrios amenazando a los solicitantes con exigir en todo su rigor el cumplimiento de la obligación legal de espacio para aparcamiento en el caso de un cambio no deseado en la utilización de las fincas urbanas, mientras que cuando se trata de una utilización de las mismas grata a sus propósitos se muestran dispuestas a una interpretación generosa de la exigencia legal de justificación de «suficiencia del espacio reservado para el aparcamiento»²⁹. Otras veces los municipios abren la perspectiva de medidas jurídicas de planeamiento tendentes a delimitación de zonas urbanas, bajo la condición de que los agricultores afectados primero les vendan a ellos sus campos a buen precio³⁰. De esta manera, pretenden ayudar a los residentes a hacerse con las fincas a un precio para ellos accesible o posibilitar la construcción de una residencia de ancianos de propiedad municipal o simplemente reconducir en beneficio propio el incremento de valor de las fincas que se produce por obra y gracia de la planificación.

2. PROBLEMÁTICA JURÍDICA

a) Las negociaciones de esta índole y extensión son ajenas al sistema tradicional del Derecho público. A diferencia de lo que sucede en el Derecho civil, que sirve predominantemente a la búsqueda de un compromiso de intereses privados entre partes individuales, en el Derecho público se trata cuando menos no sólo de conflictos de intereses de carácter individual, sino sobre todo de asuntos que atañen a todos, esto es, del «bien común». Por ello, según la tradición del Estado de Derecho el Derecho público viene caracterizado por la decisión unilateral adoptada sobre la base de una ley, esto es, las soluciones de los conflictos por principio no se negocian bilateralmente, sino en los moldes de acción unilaterales de las formas jurídicas o del acto administrativo, en procedimientos en parte regulados legalmente y dictadas bajo cumplimiento cabal de los requisitos materiales legalmente previstos. A modo de compensación de esta preeminente posición de poder de los organismos públicos al ciudadano se le confieren derechos propios, en especial derechos fundamentales, que llegado el caso puede hacer valer ante los tribunales.

²⁹ Vid. BROHM, en: Heinz, ed., *Rechtstatsachenforschung heute*, 1985, p. 103 (109 y ss.).

³⁰ Sobre esto, vid. HALLER, *Die privatrechtliche Gestaltung öffentlichrechtlicher Beziehungen am Beispiel der sog. Einheimischenmodelle*, tesis doctoral, 1986; ELS, *Bayerisches Verwaltungsblatt* (en lo sucesivo: *BayVBl*), 1983, p. 421; JAHN, *BayVBl*, Baviera, reproducida en: *NVwZ*, 1990, p. 979.

A diferencia de ello, en las soluciones negociales faltan las formas y los contenidos legalmente fijados. En su lugar, se sitúan unas relaciones de intercambio con las que se acaba estableciendo el contenido de la solución del conflicto. Como un importante potencial de permuta y conminativos se presentan, del lado de las Administraciones, la ley y la amenaza con su cumplimiento o no cumplimiento; del lado de los ciudadanos están los medios de presión política y los derechos individuales con la amenaza de hacerlos valer a través de procedimientos judiciales costosos en tiempo y paralizadores. De esta manera, el Derecho legal corre el peligro de quedar instrumentalizado como objeto de permuta y perder su inviolabilidad. Quien dispone del potencial mayor de amenaza y permuta es quien podrá imponer mejor sus intereses, de la misma manera que quien ni siquiera ha sido invitado a tomar parte en las negociaciones deberá temer que sus intereses queden desatendidos. Con esto también se está cuestionando la igualdad ante la ley ³¹.

b) En la mayoría de las ocasiones, ciertamente, esos procesos de negociación no terminan convirtiéndose en un contrato formal, cuya validez jurídica sería, por lo demás, siempre cuestionable, sino en los llamados acuerdos informales no vinculantes. A continuación tienen que producirse todavía los procedimientos legalmente previstos y adoptarse las correspondientes decisiones administrativas unilaterales. Pero con frecuencia éstas sólo formalmente sirven a efectos de la toma de decisiones. Sobre el contenido material la decisión ya se ha tomado por anticipado en los acuerdos negociados. Esto es posible porque la Administración dispone de tanto margen de decisión que casi siempre le es posible hacer que el contenido convenido se pueda plasmar formalmente de alguna manera. Esto lo logra a través de la aplicación de las leyes cuando los correspondientes preceptos legales son susceptibles de interpretación o conceden un margen de discrecionalidad o, como es el caso de las leyes de planificación, se limitan a señalar varios objetivos entre los que las Administraciones han de escoger, previa ponderación, en cada situación concreta. Las distintas Administraciones tienen además un margen de discrecionalidad a la hora de configurar el procedimiento administrativo en la medida en que fijan el ámbito y el método de la averiguación del supuesto fáctico, lo que puede resultar decisivo en orden a la precisión de las mediciones, por ejemplo en el Derecho urbanístico. Las Administraciones finalmente deciden acerca de si y con qué medios se han de ejecutar las obligaciones jurídicas; también se pueden celebrar acuerdos sobre la tolerancia de situaciones de ilegalidad ³².

³¹ A modo de síntesis de lo que se viene exponiendo, *vid.* SCHÜNEMANN, «Absprachen im Strafverfahren?», en: *58.DJT* (1990), B, pp. 1 y ss. (57 y ss.) con numerosas referencias adicionales.

³² Para esto último, *vid.* más detalladamente RANDELZHOFFER-WILKE, *Die Duldung als Form*

c) La pregunta acerca de los límites de la actividad informal de la Administración se contesta en general apuntando que los resultados de las negociaciones deben mantenerse dentro del margen de decisión de la Administración y no contradecir a una regulación legal inequívoca³³. Ahora bien, si tomamos conciencia de que la Administración puede hacer prosperar casi cualquier contenido negociado ya sea de una o de otra manera, se vuelve cuestionable que sea suficiente con una fijación de los límites de lo jurídicamente admisible como la referida hace un momento. De hecho, los acuerdos en los ejemplos expuestos no se encuentran desde el punto de vista del contenido en contradicción con el derecho vigente. Y, pese a ello, subsisten objeciones jurídicas en contra, entre otras cosas, de que las regulaciones sobre las obligaciones en materia de espacio para aparcamiento se utilicen para el control de la utilización del suelo en determinadas zonas urbanas. Tampoco la soberanía planificadora de los municipios ha de servir para posibilitarles la construcción de una residencia de ancianos a costa de un propietario particular de fincas urbanas. Ni pueden los municipios, valiéndose de esa supremacía, absorber los incrementos de valor de las fincas producidos a resultas de la planificación, una vez que los intentos del legislador de introducir esta clase de compensación haya fracasado en el Parlamento.

Por eso mismo, el estudio detallado de los límites de la actividad consensual de la Administración parece haberse convertido en una tarea no por menos entrevista hasta ahora menos urgente. Tampoco a través de las soluciones negociadas puede la Administración desprenderse de las ataduras esenciales del Estado de Derecho. Hasta qué punto el consenso de los afectados le puede proporcionar una posición jurídica más libre sigue siendo una cuestión todavía abierta³⁴, que deberá contestarse diferenciadamente tomando en cuenta sobre todo el fin de la ley y la competencia. Los problemas son demasiado nuevos y complejos como para que los podamos seguir discutiendo en este lugar. Esto no es imprescindible en el actual contexto, pues aquí no se trata en la mayoría de los casos ni de la amenaza con la aplicación de la ley como sanción ni de la apertura de la posibilidad de acciones administrativas, sino del contenido de los planeamientos infraestructurales. En este orden, sin embargo, las leyes de planificación se limitan a señalar a los organismos de la Administración distintos objetivos que han de observar y ponderar entre sí en las situaciones concretas de pla-

flexiblen Verwaltungshandeln, 1981; HERMES-WIELAND, *Die staatliche Duldung rechtswidrigen Handelns. Dogmatische Folgen behördlicher Untätigkeit im Umwelt- und Steuerrecht*, 1988.

³³ Cfr., por ejemplo, ERICHSEN, en: Erichsen-Martens, *Allgemeiner Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1988, p. 371; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª ed., 1990, § 15, marg. 15; WÜRTENBERGER, *NJW*, 1991, p. 257; unas breves, pero profundizadoras reflexiones se contienen en H. BAUER, *Verwaltungsarchiv* (en adelante, *VerwArch*), 1987, p. 241 (262), con referencias adicionales.

³⁴ Sobre este particular, *vid.* no obstante KUNIG-RUBLACK, *Jura*, 1990, p. 1 (9).

neamiento. En ejercicio de esta amplia «discrecionalidad planificada» tienen no sólo el derecho, sino incluso la obligación de arrojar luz sobre las repercusiones y los intereses de los afectados y buscar un compromiso óptimo y ampliamente aceptable en orden a las situaciones contradictorias que se puedan plantear. Esto es algo que se deriva de la interdicción del exceso, del principio de investigación y del de limpieza procedimental, así como del mandato de audiencia³⁵.

Sobre todo, la interdicción del exceso exige que los perjuicios a particulares o grupos de particulares sólo se produzcan en la medida en que sea inexcusablemente necesario a efectos de alcanzar el fin perseguido. En el Derecho policial ese principio ha encontrado una plasmación específica y adquirido reconocimiento en la facultad sustitutoria del perturbador³⁶, y en el Derecho de la planificación urbana y territorial, en lo concerniente a la relación entre la determinación estatal de un planeamiento y la planificación municipal de la construcción, lo ha hecho en la figura de las facultades alternativas de la corporación local³⁷. Hay que consignar, sin embargo, que en ambos casos se trata de relaciones bipolares, que resultan sensiblemente más fáciles de enjuiciar a la luz de ese criterio que los conflictos multipolares de intereses entre sujetos de derecho públicos y privados producidos en orden a la configuración de los contenidos de la planificación. De todas maneras, también para este tipo de relaciones se puede extraer del principio de interdicción del exceso el mandato de tomar en consideración a los distintos intereses en juego, a fin de hacerlos concordar prácticamente en la medida de lo posible.

A tal efecto, iniciar procesos de negociación por los correspondientes organismos administrativos resulta especialmente adecuado no sólo con vista a los intereses representados y presentes en el caso concreto, sino también a los no representados. En esta medida se hace posible complementar y relajar a través de elementos consensuales el principio de unilateralidad del Derecho público. La ley y su inquebrantabilidad no se ven afectadas en la medida en que por regla general las leyes de planificación sólo son formulables, hablando en términos de lógica ma-

³⁵ *Vid.*, por ejemplo, los §§ 24 y 28 VwVfG. El principio de audiencia del interesado además, igual que la prohibición del exceso y el principio de limpieza en el procedimiento, se derivan del principio del Estado de Derecho. *Vid.*, a este respecto, BVerwGE, 55, 355 (360); 70, 143 (151). Acerca de las concreciones que resultan del mandamiento de limpieza en el procedimiento y de la realización de los derechos fundamentales por la vía del procedimiento, es especial la igualdad de oportunidades dentro del procedimiento y la cuestión del acceso al procedimiento, *vid.* SCHMIDT-ARMANN, en: Lerche-Schmitt-Glaeser-Schmidt-Aßmann, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtlicher Kategorie*, 1984, p. 1; *id.*, «Verwaltungsverfahren», en: Isensee-Kirchhof, *HdbStR*, III, 1988, § 70, margs. 12 y 12 y ss.

³⁶ DREWS-WACKE-VOGEL-MARTENS, *Gefahrenabwehr*, 9.ª ed., 1986, p. 428 y ss.; GÖTZ, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 10.ª ed., 1991, marg. 257.

³⁷ *Vid.* en detalle BROHM, *Staatliche Straßenplanung und gemeindliche Bauleitplanung*, 1979, p. 38 y ss.; *id.*, *DVBl*, 1980, p. 653 y ss., esp. p. 659; BVerfGE, 72, 172.

terial, como programaciones finalistas. Les falta, pues, una virtualidad directora precisa de los contenidos y necesitan de su concreción por la Administración en cada caso concreto. En todo caso, ha de quedar garantizado que a la hora de proceder a esa concreción por la vía de procesos de negociación consensuales no se contemplen unilateralmente tan sólo los intereses de los grupos presentes ni más que nada los intereses de quienes cuentan con el mayor potencial de amenaza e intercambio; al contrario, la Administración, de acuerdo con su mandato de velar por el bien común, ha de tomar en consideración también las situaciones no representadas en las negociaciones, las que no resultan representables y los intereses que sólo se pueden hacer valer tímidamente. Cuáles sean estos intereses de la comunidad no es algo que la Administración puede definir por sí misma con libertad, sino que los debe extraer, a título de datos políticos, de la ley y de la Constitución, esto es, del ordenamiento jurídico positivo. Es precisamente este compromiso a favor del bien común, que excede de lo que sería una mera armonización de intereses particulares, lo que se trata de hacer valer en una nueva forma de solución consensual de conflictos, en la actualmente muy difundida *mediation*, esto es, en una solución de conflictos llevada a cabo por mediadores designados privadamente.

III. ¿ES POSIBLE ACELERAR PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS MEDIANTE PROCEDIMIENTOS DE CONSENSUACION ORGANIZADOS PRIVADAMENTE?

1. LA IMAGEN DE LA MEDIACIÓN

Frente a los procesos de negociación descritos, conducidos por los propios organismos de la Administración pública, se alcanzan cada vez más fuertes críticas en el sentido de que se ponen en marcha demasiado tarde, a saber: cuando el plan ya es una realidad, de manera que apenas si resulta posible entrever ya soluciones alternativas. Además, las Administraciones públicas son poco aptas para la negociación, puesto que ellas mismas son también parte en ella y, por si fuera poco, carecen de la flexibilidad y capacidad innovativa necesarias. Por todo ello, las negociaciones se deberían iniciar mucho antes, con carácter previo al procedimiento administrativo y llevar adelante por «mediadores privados»³⁸.

³⁸ HOFFMANN-RIEM (n. 26); HOLZNAGEL, *Die Verwaltung*, 1989, p. 421; íd. y otros, *IUR*, 1990, p. 37; en sentido crítico, KUNIG-RUBLACK, *Jura*, 1990, p. 1; BROHM, *DVBt*, 1990, p. 321 y ss.; *vid.* también las colaboraciones contenidas en: HOFFMANN-RIEM-SCHMIDT-ABMANN, eds., *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, vols. I y II, 1990.

Para ello, se basan en una práctica que se ha desarrollado sobre todo en los Estados Unidos a partir de los años setenta. Allí, donde los argumentos, por lo demás, son parejos, en los procedimientos más conflictivos de toma de decisiones se encomienda cada vez más determinadas funciones administrativas y judiciales a los llamados *mediators*, esto es, a mediadores en el conflicto, escogidos y pagados por las partes enfrentadas y cuya misión no es, como la de un árbitro, la de tomar una decisión vinculante en el conflicto, sino, como los hombres buenos en la negociación colectiva laboral, valiéndose de una conducción limpia y respetuosa de las negociaciones y ayudándolas a lo sumo con alguna que otra sugerencia de vía de solución, hacer que las partes lleguen por sí mismas a un compromiso³⁹. Procedimientos de esta clase no incluyen sólo a las partes privadas en conflicto, sino también, y en pie de igualdad, a las instancias decisorias de la Administración. De esta manera, los organismos administrativos quedan vinculados en orden a las decisiones a adoptar por su parte en el futuro⁴⁰. Aquí reside la diferencia entre la *mediation* y otras conversaciones preliminares e intentos de armonización entre partes privadas que, en los casos de grandes proyectos, con frecuencia se llevan a cabo por abogados y gerentes de las empresas con particulares antes incluso de presentar la solicitud administrativa propiamente dicha.

Originariamente la intervención de mediador sólo estaba pensada para el caso de que las negociaciones entre la Administración y los afectados se hubieran atascado. Entretanto se ha comenzado a considerar conveniente apelar al mediador desde los mismos inicios. En la actualidad existe mediación antes del dictado de reglamentos administrativos, en los casos de decisiones conflictivas de la Administración y en lugar de procedimientos judiciales⁴¹. La Administración y los tribu-

³⁹ Cfr. junto a las aportaciones mencionadas en la n. 39: SUSSKIND-CRUIKSHANK, *Breaking the Impasse*, 1987, p. 240; STULBERG, «The Theory and Practice of Mediation», en: *Vermont Law Review*, 6 (1981), p. 85; HARTER, «Dispute Resolution and Administrative Law», en: *Villanova Law Review*, 29 (1983/84), p. 1393; SANDER, «Alternative Methods of Conflict Resolution: An Overview», en: *University of Florida Law Review*, 37 (1985), p. 1; PASSAVANT, *DÖV*, 1987, p. 516. Acerca de la intervención de mediadores en los Estados Unidos, el Canadá y el Japón, *vid.*, SUSSKIND, «Environmental Mediation and the Accountability Problem», en: *Vermont Law Review*, 6: 1 (1981); HAUSSMANN, *Environmental mediation: A Canadian Perspective*, manuscrito, 1982; SHRYBMAN, *Environmental Mediation: From Theory to Practice*, 1984; FOLJANTY-JOST, *Konfliktlösung durch Verhandlung: Außergerichtliche Beilegung von Umweltkonflikten in Japan*, 1989, FUJITA, *Die Verwaltung*, 15 (1982), p. 226; SHIONO, «Administrative Guidance», en: *Public Administration in Japan*, 1982, p. 221; OHASHI, *VerwArch*, 82 (1991), p. 220 (234 y ss.).

⁴⁰ SUSSKIND-McMAHOM, «The Theory and Practice of Negotiated Rule-Making», en: 3 *Yale Journal on Regulation*, 133, reimpresso en: *Negotiated Rule-Making Sourcebook*, Administrative Conference of the United States (Office of the Chairman), 1990, p. 704; POU, «Federal Agency Use of ADR: The Experience to Date», en: *Sourcebook: Federal Agency Use of Alternative means of Dispute Resolution*, Administrative Conference of the United States (Office of the Chairman), 1987, p. 101.

⁴¹ *Vid.* HARTER, «Negotiating Regulation: A Cure for Malaise», en: *Georgetown Law Journal*, 71 (1982), reimpresso en: *Negotiated Rule-Making Sourcebook* (n. 41), p. 431; MCADOO-BAK.

nales llegan frecuentemente a sugerir a las partes establecer una mediación de estas características al no poder contar con una finalización anticipada del asunto. A la vista del crecimiento de la demanda ya hay en algunas universidades, sobre todo en Harvard, planes de estudios específicamente dirigidos a esta actividad.

Tampoco en los Estados Unidos la mediación se encuentra a salvo de críticas ⁴². Parece practicarse sobre todo en los Estados de Nueva Inglaterra, en el Medio Oeste y en California. Aún es demasiado pronto para sacar un balance. Hasta la fecha sólo se han publicado informes de los propugnadores de la *mediation*. Aunque éstos no dejan de recoger honradamente algunos de sus fracasos, valoran como un éxito cada uno de los acuerdos alcanzados, cualquiera que sea su contenido. No se contempla, pues, que en los asuntos administrativos se hayan de tomar en cuenta además de los intereses de los afectados otros intereses de la comunidad ⁴³. A todas luces esto guarda relación con las importantes influencias civilistas que aún impregnan al Derecho anglosajón.

2. LAS ESPECÍFICAS PREMISAS FAVORABLES EXISTENTES EN EL SISTEMA ADMINISTRATIVO NORTEAMERICANO

Antes de abogar en pro de adoptar una institución de otro ordenamiento jurídico ha de conocerse el entorno social y jurídico en el que aquélla se basa y a continuación examinar su comparabilidad con el ordenamiento jurídico propio. Frente al principal argumento a favor de la *mediation*, la neutralidad del mediador, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico brota la cuestión de por qué precisamente un intermediario designado por particulares y no un organismo público ha de contemplarse como un garante de la neutralidad y de la limpieza procedimental. Por lo que a los Estados Unidos atañe, a mi entender, esa manera de ver las cosas se puede explicar gracias a su evolución histórica, así como a la estructura organizacional y de personal de la Administración norteamericana actual, todas muy distintas de la alemana. Esto requiere una breve reflexión. Tras el éxito de la

KEN, «Local Government Use of Mediation for Resolution of Public Disputes», en: *The Urban Lawyer*, 22 (1990), p. 179; RICH, «Alternative Dispute Resolution», en: *Chemical Week*, de 14 de agosto de 1987, reimpresso en: *Sourcebook: Federal Agency Use of Alternative Means of Dispute Resolution* (n. 42), 1987, p. 71.

⁴² FISS, «Against Settlement», en: *Yale Law Review*, 93 (1984), p. 1073.

⁴³ BINGHAM, *Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience*, 1986; GOLDBERG-GREEN-SANDER, *Dispute Resolution*, 1985; BACOW-WHEELER, *Environmental Dispute Resolution*, 1984. Crítico en sentido antes apuntado, también WHEELER, *Promoting Negotiation: Yes in My Backyard*, MIT-Center for Real State Development, documento de trabajo, 1990, p. 25, quien extrae la conclusión de que debería tener lugar una participación amplia y anticipada.

rebelión contra la Administración colonial inglesa, en los Estados Unidos se trató inicialmente de salir adelante sin ninguna clase de Administración, bajo el lema de *We can rule ourselves*⁴⁴. De ahí ha resultado hasta el día de hoy una desconfianza radical frente a toda «burocracia», a la que se contempla como un elemento antidemocrático⁴⁵. Esta desconfianza es de hecho una razón adicional de la fuerte fragmentación de la actual organización administrativa, que no sólo conoce unas Administraciones federal, estatal y municipal hasta el más bajo nivel local, sino además, yuxtapuestas a éstas, numerosas *agencies* autónomas o no, con competencias parcialmente solapadas, distintos derechos de intromisión de Parlamento y gobierno y sin importantes facultades coordinadoras de una instancia central⁴⁶. Del postulado del *self-government by the people* se deriva el principio de que las decisiones en las que se da un cierto margen de discrecionalidad han de ser adoptadas por lo regular por servidores públicos, que o bien han sido elegidos por el pueblo o que han sido nombrados por esos «funcionarios electivos» por un tiempo que no puede rebasar la duración del cargo de éstos.

En la medida en que se puede hablar en los distintos Estados de un (*tenured*) *civil service*, esto es, una función pública con alguna clase de *job security*, que, por lo demás, no resulta comparable a la posición de los funcionarios alemanes de carrera, nunca pasan de tener una función asesora en Derecho, que puede ser soslayada con facilidad⁴⁷. A esa débil posición del *civil service* colabora también el hecho de que, por lo general, el individuo no obtiene su empleo, como sucede en el Derecho alemán de la función pública, en términos de *career*, esto es, de acuerdo a un principio de carrera, conforme a unos criterios legalmente regulados de formación previa y promoción y con duración indefinida, sino en la mayoría de los casos en virtud de un examen de aptitud realizado en relación precisamente con el puesto a cubrir y para un ámbito de funciones limitado. Esto posibilita ciertamente una selección ajustada a las especializaciones, pero debilita la independencia personal de los nombrados, pues se les puede intercambiar con facilidad por la vía de medidas organizacionales como racionalización de unidades administrativas, refundición de organismos o traslados⁴⁸.

⁴⁴ SIMMONS-DVORIN, *Public Administration. Values, Policy and Change*, 1978, p. 124 y ss.

⁴⁵ ROSENBLOOM, *Public Administration and Law: Bench vs. Bureau in the United States*, 1983, pp. 1, 19, 107 y ss.; SIMMONS-DVORIN (n. 46), p. 124.

⁴⁶ Vid. MADISON, *Federalist*, 51, ROSSITER (1961), p. 321 y ss.; SIMMONS-DVORIN (n. 46), p. 41 y ss.

⁴⁷ GELHORN-LEVIN, *Administrative Law and Process*, 1990, p. 277 y ss.; FIORINA, *Keystone of the Washington Establishment*, 1989, pp. 40 y ss., 128 y ss.; J. F. KENNEDY, *U. S. Congressional Record*, 107 (1961), p. 5847, en: DAVIS, *Administrative Law*, 1978, p. 218 y ss.

⁴⁸ Cfr. REYNOLDS, *Local Government*, 1982, p. 264; en todo caso, en la Administración federal el *Civil service* disfruta de una *job security* mayor que en los Estados o que incluso en la

La duración de los cargos de los funcionarios elegidos y nombrados, competentes para la toma de decisiones políticas, es muy breve⁴⁹. A cambio de ello, la posición funcional prevista para las *agencias* normalmente está definida en términos muy vagos. En esa medida las Administraciones pueden y tienen que desarrollar una política propia⁵⁰. A consecuencia de la brevedad de los mandatos con frecuencia se produce un trasvase entre puestos en la industria y en las Administraciones, que viene bien no sólo a efectos de intercambiar conocimientos especializados, sino también a la influencia que así pueden ejercer las distintas fuerzas sociales en la política de la unidad administrativa. Junto a ello existen numerosas vías de influencia desde los congresistas, que sobre todo actúan sobre el presupuesto, pero también por otros conductos como, por poner algún ejemplo, la aprobación de la designación del director de los organismos de la Administración, cuando ésta es de incumbencia presidencial, o a través de contactos personales⁵¹.

3. PROBLEMÁTICA DE SU ASUNCIÓN PARA LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ALEMANA

Así pues, en razón de la distinta cultura administrativa, así como de las diferencias en la estructura organizativa y de personal, cuando en los Estados Unidos se habla de parcialidad de los organismos de la Administración, por tal ha de entenderse algo enteramente distinto a lo que se entiende en Derecho alemán. Según nuestro sistema jurídico, la legitimación democrática de la Administración tiene menos que ver con la elección o el nombramiento político de sus funcionarios para mandatos de duración breve que con una regulación legal más intensa y por la ligadura parlamentaria que se obtiene por la vía del derecho

Administración local; cfr. también BERNSTEIN-O'HARA, *Public Administration, Organization, People and Policy*, 1979, p. 170.

⁴⁹ Según la Constitución de los Estados Unidos, la duración del cargo de Presidente es de cuatro años, y normas semejantes se encuentran en las Constituciones de los Estados en relación con la duración del cargo de Gobernador. Los empleados públicos de una *non-independent agency* son nombrados por el Presidente o un Gobernador *serve at his pleasure* y pueden ser cesados en cualquier momento, incluso sin indicación de motivos. Lo mismo ocurre con los colaboradores designados por estos empleados. Sea como sea, su mandato no puede rebasar el del Presidente o el del Gobernador respectivamente. En el caso de las *independent agencies* el Congreso determina la duración del mandato, que se fija por regla general en siete años. Igualmente breves son los cargos en las *municipalities*, donde los empleados son nombrados en parte por los presidentes de las corporaciones locales, de carácter electivo, pero en parte también son elegidos directamente por el pueblo.

⁵⁰ Vid. LOWI, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*, 1979, pp. 101, 105; ROSENBLUM (n. 47), p. 22; MCCONNELL, *Private Power and American Democracy*, 1986, p. 286.

⁵¹ FIORINA (n. 49), pp. 39 y ss.

de control e impartición de instrucciones que ejercen en cadena los distintos superiores, hasta llegar al propio ministro responsable ante el Parlamento⁵². La formación especializada, el principio de carrera y la permanencia en el empleo por toda su vida garantizan al funcionario en nuestro sistema jurídico una independencia personal frente a presiones ejercidas sobre ellos desde fuera de la Administración que no resulta comparable con la posición de los empleados públicos en el sistema legal norteamericano. No es posible librarse de la impresión de que con la figura del *mediator* en los Estados Unidos lo que se persigue es crear una instancia neutral, que hasta la fecha allí no existe institucionalmente en tal medida a causa del énfasis puesto en la legitimación democrática personal de los servidores públicos. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el funcionario público, el mediador, que recibe de las partes en conflicto un mandato en todo momento revocable y está retribuido por éstas, en lo esencial sólo ha de preocuparse de los intereses de sus mandantes. Los intereses de quienes no participan en el proceso de negociación sólo los tomará en cuenta a lo sumo en la medida en que tengan fuerza política o jurídica como para torpedear los planes de compromiso. Y entre los propios mandantes los que les han de parecer más dignos de atención son aquellos de los que en el futuro puede esperar recibir un nuevo encargo de mediación en algún caso parecido. Las soluciones de conflictos de esta naturaleza se dirigen, pues, a alcanzar una compensación para los intereses particulares que participan en la negociación y corren el peligro de descuidar los intereses más amplios de la comunidad. La contemplación del bien común, sin embargo, es algo obligado jurídicamente, como antes expusimos; en esa medida, no se trata aquí sólo de una cuestión de eficiencia administrativa, sino también de admisibilidad jurídica.

El riesgo de que en una mediación privada queden desatendidos los intereses comunitarios lo ven también quienes propugnan la asunción de la *mediation* por el Derecho alemán. Como remedio se está proponiendo recientemente procurar a los intereses no representados o sólo muy débilmente representados un potencial de permuta y amenaza equivalente mediante la creación de organizaciones a las que se reconocen derechos de participación y recurso⁵³. Ahora bien, sucede

⁵² Cfr. HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, pp. 208 y ss.; BÖCKENFÖRDE, en: Isensee-Kirchhof, eds. *HdbStR*, I, § 22, margs. 11 y ss., quien, en mi opinión, extiende en demasía la legitimación democrática organizativo-personal; a mi juicio, se le debería contemplar más bien como un nombramiento del que se puede dar cuenta democráticamente, ya que en Derecho alemán no puede reportar una legitimación democrática a favor de los contenidos concretos de las decisiones; *vid.*, al respecto, BROHM, *DÖV*, 1987, p. 265 (270 y ss.).

⁵³ *Vid.* HOFFMANN-RIEM, *AÖR*, 115 (1990), p. 400 (428), quien, por lo demás, pone en tela de juicio globalmente la percepción de los intereses comunitarios por parte de la Administración. Esta es una posición a la que, por las razones que he expuesto y por propia experiencia, no me puedo sumar. A la problemática de la identificación con la función especializada me refiero de inmediato.

que no todos los asuntos de significación general que se presentan en un caso concreto pueden organizarse sin más en forma de intereses particulares y, menos aún, dotarse de igual poder socioeconómico y jurídico-real. Además de una complicación de los procedimientos y de los consiguientes efectos retardatarios, ese perfeccionamiento del método de solución de conflictos habría de desembocar por ello mismo en una especie de «darwinismo social».

Al igual que la obtención de un consenso con orientación hacia el bien común, también la ejecución del procedimiento administrativo es en sí misma una función soberana. Como quiera que la configuración de un procedimiento reviste gran significado para el resultado material, todas las fases del procedimiento han de permanecer bajo la responsabilidad de los poderes públicos. Ahora bien, esto quiere decir que se han de ejecutar por un organismo oficial y por regla general, de conformidad con la idea básica del artículo 33 IV LF, por un funcionario profesional. En efecto, en virtud de sus deberes de servicio, reforzados por el juramento que al efecto ha debido prestar, su formación especializada y sus mecanismos de socialización, esos servidores públicos se encuentran especialmente orientados hacia las concretas definiciones del bien común y a sus precisiones en el ordenamiento jurídico y al mismo tiempo, a causa de los derechos de vigilancia e instrucción que corresponden a los superiores jerárquicos, hasta llegar incluso al vértice organizativo, se garantiza en definitiva la vinculación al Parlamento, a quien corresponde antes que a nadie la definición del bien común. De manera correspondiente, al funcionario profesional se le puede exigir responsabilidad por sus actos y por esta vía también se pueden rectificar las decisiones erróneas. Todas estas legitimaciones propias del Estado democrático y del Estado de Derecho jurídicamente garantizadas, faltan en el caso de una persona privada, y más aún cuando es escogida y remunerada por representantes de intereses particulares. Por esta razón, no se pueden encomendar, ni siquiera parcialmente, estas funciones públicas.

IV. LA *MEDIATION* COMO INTERMEDIACION ESTATAL EN LOS CONFLICTOS

Si, por una parte, las objeciones jurídicas y científico-administrativas que acabamos de exponer frente al sistema de negociación y búsqueda de consenso a través de mediadores privados, escogidos por las partes en conflicto se oponen a una asunción por el Derecho alemán de la *mediation* en la forma descrita, por la otra, tampoco es posible pretender conectar consecuencias jurídicas a la participación o no participación en los procesos de mediación llevados a cabo por personas

privadas. Por ello, no se puede pensar en la posibilidad de que alguien pierda su derecho a formular las impugnaciones que considere oportuno en el subsiguiente proceso judicial, como tampoco se puede hablar de una limitación del control de la ponderación por los tribunales⁵⁴. Esto no excluye, empero, que los representantes (privados) de intereses singulares, sobre todo los empresarios, tomen contacto por sí mismos, a través de sus abogados o de otras personas con otros particulares al objeto de eliminar —por anticipado o también durante el procedimiento administrativo— claros conflictos de intereses. En todo caso, a tales esfuerzos no se les puede otorgar ninguna relevancia jurídica en orden al procedimiento o a la decisión administrativos. Lo que sigue siendo dudoso es si el organismo al que compete la decisión puede estar presente como «parte» (equiparada en derechos) en esas negociaciones privadas. Se corre demasiado peligro de que con ello la Administración se vea afectada en orden a la óptima asunción de sus obligaciones y, más en especial, que pierda de vista de alguna manera la percepción de los intereses comunitarios, no representados *ad hoc*, pero fijados en el ordenamiento jurídico, quedando vinculada, cuando menos fácticamente, a un consenso que no configuró ciertamente en esos términos, pero de cuyo contenido, a la postre, le corresponde ha de responder en exclusiva. Pero de esto ya hemos hablado antes.

De esta manera, la idea subyacente en el concepto de *mediation* no ha quedado descalificada para el Derecho administrativo alemán. En forma de una intermediación en conflictos bajo responsabilidad pública que, en sus contenidos, se puede conducir desde los intereses de orden general fijados en el ordenamiento jurídico y que está vinculada en última instancia al Parlamento y controlada por éste por la vía de los derechos de vigilancia y de impartición de instrucciones, la *mediation* puede resultar enteramente admisible desde el punto de vista del Derecho, pero también eficaz, en orden a una mayor aceptación de las decisiones administrativas y a una aceleración de los procedimientos. Premisa de todo ello es que la materia resulte accesible a un procedimiento consensual, algo que ya hemos afirmado respecto de la configuración de los contenidos de la planificación, que es lo que aquí nos interesaba en primer lugar.

Muy positivo para una mediación de esta clase, asegurada desde las instituciones resultaría que la percepción de los distintos intereses jurídico-públicos se concentrara en una sola instancia que a la vez fuera la responsable del procedimiento, tal y como se prevé con la introducción de la figura de un *manager* o gestor de proyecto en las propuestas formuladas para la aceleración de procedimientos administra-

⁵⁴ Referencias al respecto, así como una crítica de estas consideraciones, se pueden encontrar en BROHM, *DVBZ*, 1990, p. 321, 322 y ss.

tivos. De esta manera, cuando menos se atenuarían los inconvenientes del hoy por hoy alto grado de división del trabajo en el seno de la Administración. En el marco de la intermediación de conflictos que supone la gestión de proyectos y procedimientos, los distintos aspectos públicos, empezando por los intereses de orden urbanístico o de fomento de la economía y acabando por los relativos al tráfico, las aguas o los residuos, podrían quedar expuestos por parte de los distintos departamentos especializados y ponerse en relación recíproca a través de un juego de concesiones jurídicamente defendible. Así se abrirían posibilidades de compensación que hasta la fecha faltan por causa de hallarse las competencias repartidas entre distintos organismos³⁵.

Para una intermediación organizada y dirigida desde el Estado sería todavía mejor que, a través de una regulación legal de las competencias, se procediera a separar el organismo competente para la mediación y el competente para la decisión, tal y como ya está previsto para los procedimientos de concreción de los planeamientos bajo la forma de sendas instancias competentes respectivamente para la audiencia y para la decisión³⁶. Una diferenciación de esta clase traería consigo sobre todo dos ventajas. Por una parte, el órgano encargado de la negociación se podría mantener a resguardo con más facilidad que la instancia planificadora especializada frente a la sospecha de estar interesado en la realización de un determinado proyecto y, por ello, abierto a otras alternativas en medida insuficiente. En segundo lugar, el organismo competente para la adopción de la decisión podría comprobar si en la solución propuesta se contemplan adecuadamente los intereses comunitarios. A los efectos de determinar cuáles fueran éstos, el organismo de mediación o «audiencia» debería reunir los datos pertinentes y presentarlos juntamente con el resultado de la negociación. En el caso de que un intento de consenso hubiera fracasado totalmente o en relación con determinados intereses, el consiguiente retraso temporal de la mediación se podría mantener dentro de ciertos límites debido a estos preparativos, por lo demás imprescindibles, y se haría posible una efectiva decisión por parte del organismo competente a tal efecto.

En cualquier caso, una mediación tiene las mayores perspectivas de éxito si se lleva a cabo tempranamente, antes incluso de que las partes se hayan vuelto enteramente insistentes en una solución concreta, y si incluye a un círculo lo más amplio posible de intereses potencialmente afectados, al objeto de que un acuerdo costosamente alcanzado no se vea torpedeado por grupos de interés de los que se prescindió. Como

³⁵ Así se podría —sin transgredir el § 56 VwVfG— satisfacer informalmente en amplia medida la pretensión de HOFFMANN-RIEM (*supra* n. 27), pp. 65 y ss., de relajar recurriendo a un «paquete global» el mandato de acoplamiento a favor de soluciones consorciales multipolares.

³⁶ §§ 73 y 74 VwVfG.

una mediación plantea especiales requisitos de habilidad, flexibilidad, capacidad innovativa y, en general, de características personales del director de la negociación, habrá que considerar el establecimiento de una formación especial, unos procedimientos de selección particulares y, en determinadas circunstancias, una limitación temporal y material de la actividad del funcionario competente en cuanto «gestor de proyecto» o como «instancia de audiencia». Todas estas posibilidades se pueden introducir en el sistema clásico de función pública y en las estructuras organizacionales al uso de la Administración pública sin quiebra de ninguna de sus normas.

Una intermediación institucional en los conflictos no hace prescindibles los procedimientos jurídico-administrativos de toma de decisión, pero los puede acortar y, por ende, abreviar considerablemente en la medida en que elimina posteriores impugnaciones. Con frecuencia en una mediación no se podrá obtener un acuerdo con todos los representantes de intereses afectados; pero, en tal caso, el efecto acelerador se sigue manifestando todavía en la reducción del número de objeciones y procedimientos impugnatorios. Por lo tanto, las reformas consideradas en relación con una mayor disciplina de los procedimientos de toma de decisiones y la introducción de una intermediación institucional en casos de conflicto no se excluyen una a otra, sino que resultan recíprocamente complementarias.