

parámetros a los que deba sujetarse la acción administrativa⁷⁸. De ahí que, a este propósito, sea necesario incorporar con mayor fuerza a la Parte general instrumentos tan conocidos como el Derecho presupuestario y el control financiero, e inducir nuevas fórmulas de control (vid. 4/70-87)⁷⁹. También resulta útil a estos efectos reflexionar sobre el desarrollo de la participación, por ejemplo para hacer consultas de cara a la mejora de los servicios sociales (vid. 2/110-112)⁸⁰. Entendida en sus justos términos, es claro que los postulados o directivas que emanan de la dimensión económica no suponen una amenaza para el Derecho. Pero sí exigen, en efecto, activar otros parámetros del Derecho, más allá del clásico dogma de la vinculación a la ley y al Derecho.

III. El Derecho en el "Estado cooperativo" *

45. En cuanto ciencia vertebradora o de dirección **, la del Derecho administrativo tiene un singular reto que afrontar ante las múltiples expresiones con las que hoy se presenta el "Estado cooperativo"⁸¹. Los procesos cooperativos parecen aspirar a desdibujar la frontera entre libertad y competencia. Tal es la razón por la que se han puesto en duda algunas de las más importantes clasificaciones o postulados del sistema del Derecho administrativo y, en consecuencia, los me-

⁷⁸ Cfr. J. P. SCHNEIDER, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, p. 103 (125 ss.).

⁷⁹ Cfr. HENNEKE, *Steuerung kommunaler Aufgabenerfüllung*.

⁸⁰ Cfr. PITSCHAS, en MERCHEL y SCHRAPPER, *Neue Steuerung*, p. 107 (112); del mismo autor, en VON MAYDELL y RULAND, *SRH*, § 24, núms. margs. 116 y ss.

* *N. del T.*: En alemán, se habla de *kooperativer Staat* o de *kooperative Verwaltung*, que podríamos traducir también, de modo más o menos literal, como "Estado cooperador" o "Administración cooperadora", o, mejor, como Administración o Estado colaborador. La doctrina europea, en inglés, prefiere hablar de *horizontal decision-making*, *coproduction* o de *negotiated decision-making*. Se trata de una clase de proceso para la toma de decisiones, basada en el consenso y la negociación o, en términos aún más amplios, en una forma de Administración pública cuyas decisiones (y la preparación y ulterior ejecución de éstas) son fruto de la deliberación y negociación en el marco de un contexto más o menos estable de relaciones entre las autoridades públicas y el sector privado. *Vid.*, a título de ejemplo, Boudewijn DE WAARD (ed.), *Negotiated Decision-Making*, Center for legislative Studies, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 1.

** *N. del T.*: Con tal expresión no quiere decirse, claro es, que la ciencia del Derecho administrativo deba dirigir o vertebrar a otras ciencias sociales. Se trata, más sencillamente, de que aquélla ofrezca referentes —directrices— a la realidad y a la praxis administrativas, y ello en la medida en que el Derecho administrativo se modela de tal forma que puede impulsar e influenciar la realidad (así, y a título de ejemplo, de acuerdo con SCHMIDT-ASSMANN, el recurso contencioso, de carácter objetivo, en defensa de la mera legalidad).

⁸¹ En profundidad, RITTER, en GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*, pp. 69 ss.; ya antes y del mismo autor, *AöR*, 1979, pp. 389 ss.; PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung*, pp. 275 ss. Para más referencias, cfr. DOSE, *Verhandelnde Verwaltung*, pp. 17 ss.; BRAUN, *Politische Steuerung*, pp. 29 ss.

canismos de protección propios del Estado de Derecho que de ahí derivan.

1. La cuestión de la acción cooperativa

46. Desde luego, el fenómeno del Estado cooperativo no es tan reciente como se ha creído⁸². Lo que sí resulta nuevo es su alcance o dimensión, el campo en el que hoy actúa y se mueve la "Administración cooperativa"⁸³. Dejando al margen los acuerdos o convenios de importancia menor por su grado de obligatoriedad o de vinculación, lo cierto es que el fenómeno de la cooperación ha venido experimentando un notable crecimiento en la práctica cotidiana. Piénsese así en el surgimiento de complejos sistemas de cooperación y de negociación en sectores como el medio ambiente o la salud. Y ello tanto en el plano de la aplicación o ejecución de la ley como en el de la producción normativa. Son numerosos los casos en que los contactos puntuales o esporádicos (entre la Administración y el ciudadano) se han transformado en una relación permanente; las decisiones individuales pasan a convertirse en procedimientos cooperativos⁸⁴. El Reglamento comunitario sobre la auditoría ecológica de 1993, por ejemplo, pone a disposición de los ordenamientos nacionales un sistema de vigilancia y control basado en la cooperación⁸⁵. También en el ámbito de la normalización técnica la misma Comunidad sigue el modelo cooperativo⁸⁶. La autorregulación social reclama o remite a una cierta y matizada forma de dirección o gobierno, que sólo se hará posible si se hallan realmente a disposición de la sociedad los conocimientos e instrumentos de dirección social necesarios⁸⁷.

Por su parte, la política de privatizaciones no hace sino ampliar el ámbito de la cooperación (vid. 3/89/91). La privatización de organizaciones y entidades desemboca con frecuencia en una ulterior privatización de funciones y cometidos y ello se lleva a cabo a través de múltiples pasos intermedios o fórmulas de transición, lo que exige inexcusablemente la cooperación con el sector privado. La privatización, sin embargo, no supone una despedida o retirada del Estado del campo de juego, sino la mutación de los clásicos instrumentos de intervención en fórmulas de cooperación⁸⁸. Los convenios o contratos

⁸² Con acierto, BENZ, *Kooperative Verwaltung*, p. 13, con referencia a FORSTHOFF.

⁸³ BENZ, *Kooperative Verwaltung*, pp. 23 ss.; asimismo, los informes en DOSE y VOIGT, *Kooperatives Recht*; recientemente, DOSE, *Verhandelnde Verwaltung*, en particular, pp. 199 ss.

⁸⁴ J. P. SCHNEIDER, *VerArch*, 1996, pp. 38 ss.

⁸⁵ Reglamento núm. 1836/93. Sobre el tema, vid. PITSCHAS, en LÜDER, *Staat und Verwaltung*, pp. 269 ss.

⁸⁶ RÖNCK, *Technische Normen*, pp. 47 ss.; se muestra crítico ROBNAGEL, *DVBl*, 1996, pp. 1181 ss.

⁸⁷ En tal sentido, TRUTE, *DVBl*, 1996, pp. 950 ss.; KLOEPFER y ELSNER, *DVBl*, 1996, pp. 964 ss.

⁸⁸ Sobre esta temática, vid. OSTERLOH y BAUER, *VVDStRL*, vol. 54, pp. 204 ss. y 243 ss.

y las empresas mixtas representan los supuestos más típicos⁸⁹, si bien en este ámbito se están produciendo notables cambios a impulsos también del Derecho comunitario⁹⁰, como demuestran el sector de las telecomunicaciones y el de la energía.

47. El modo de actuación y de trabajo característicos de la Administración cooperativa está modificando las técnicas y los postulados en los que se asienta el Derecho administrativo, sus principios de dirección o gobierno. Ernst-Hasso RITTER ha sintetizado esas líneas de reforma destacando algunas de sus tendencias⁹¹. En ese sentido, la nota más singular consiste en el desplazamiento de un Derecho jerárquico hacia un Derecho consensuado, y en donde los medios de ejecución forzosa se complementan con estrategias para convencer y persuadir, o la vinculación o sujeción al Derecho se completa, cuando no es sustituida parcialmente, por una vinculación de naturaleza normativo-social. Otras líneas de tendencia van desde una dirección total o completa a una simple dirección parcial; o se mueven desde un Derecho tradicional con vocación de permanencia, esto es, con una vigencia indefinida, hacia un "Derecho temporal", de vigencia limitada, que pretende hacer frente a una situación de mera coyuntura. Por otro lado, la acción cooperativa suele ir acompañada, no sin frecuencia, de la acción informativa; y así se pasa de la orden o decisión unilateral al previo entendimiento; del procedimiento clásico de elaboración de disposiciones generales, al acuerdo sobre esas disposiciones. Esta evolución no sólo se deja sentir en los sistemas nacionales, sino también a nivel comunitario⁹². Contemplado el fenómeno desde la perspectiva del Derecho establecido de modo unilateral y de los medios de ejecución forzosa que lo acompañan, es frecuente entender o interpretar estas nuevas tendencias como una debilidad del sistema. Sin embargo, se trata más bien de un cambio en las ideas directrices o vertebradoras del Derecho. Cabe observar asimismo en este terreno un creciente protagonismo del procedimiento y de la organización administrativas⁹³. Pero ello no significa que el Derecho capitule ante las distintas manifestaciones del Estado cooperativo. Por el contrario, la cuestión radica en reconducir hacia el Derecho administrativo la "nueva realidad de la Administración"⁹⁴.

⁸⁹ Vid. los informes en BUDÄUS y EICHHORN, *Public Private Partnership*.

⁹⁰ Vid. R. SCHMIDT, *DV*, 1995, pp. 281 ss.

⁹¹ En GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*, pp. 69 (82 ss.).

⁹² Véanse las consideraciones que se hacen en KOHLER-KOCH y JACHTENFUCHS, *PVS*, 1996, p. 537 (547).

⁹³ SCHULZE-FIELTZ, *DVBZ*, 1994, p. 657 (664 ss.); desde el punto de vista de la ciencia del Derecho administrativo, vid. BENZ, *Kooperative Verwaltung*, pp. 318 ss.

⁹⁴ Así se expresa acertadamente DI FABIO, *VVDStRL*, vol. 56, p. 235 (242).

2. La normalidad de la acción cooperativa

48. No es fácil, en este terreno, hallar unas bases normativas que resulten fiables y sólidas. Tampoco son suficientes las propuestas de reforma aisladas o los simples reajustes de las categorías existentes. La cuestión es más bien si, y, en su caso, hasta qué punto, la cooperación es susceptible de ofrecer una perspectiva válida y legítima para el análisis de la acción estatal, y, en consecuencia, si puede formar también parte de la dogmática administrativa en términos de normalidad. La doctrina de Derecho público se ha venido guiando hasta ahora por una visión demasiado parcial o unilateral, por una concepción jerárquica del orden estatal, de acuerdo con la cual la ley y su ejecución, la unidad de la Administración y los instrumentos de regulación unilaterales constituían sus elementos determinantes (vid. 5/3-6). Pero esa pretendida y amplia concepción de una dirección exclusivamente estatal no se ha dado, con ese grado y alcance, en la realidad. La práctica, en efecto, pone de manifiesto que la cooperación es condición o presupuesto para el funcionamiento del Estado. Sólo a través de la cooperación con la sociedad puede el Estado obtener la información que precisa para llevar a cabo su función directora y de liderazgo. Para ello no bastan los contactos puntuales entre ambas esferas. Más bien resultan necesarias fórmulas de actuación integradas y duraderas que permitan identificar problemas e idear soluciones de forma conjunta. La policéntrica estructura decisoria del Estado se corresponde con la existencia de redes —cuya densidad puede ser muy variable— de relaciones de cooperación entre Estado y sociedad.

49. Los politólogos han sabido destacar el protagonismo y la relevancia de un modelo de negociación, que hoy constituye ya un segundo mecanismo ordinario de coordinación, junto con el modelo jerárquico⁹⁵. Cuando se asuman con naturalidad los componentes o elementos de carácter cooperativo que se dan en el proceso político, se podrán entonces analizar de modo sistemático las peculiaridades estructurales de la cooperación, sus ventajas y los peligros que encierra; así como establecer sus relaciones con las formas de funcionamiento del poder público articulado o expresado jerárquicamente⁹⁶. La Constitución no ha optado, con todo, por modelo teórico alguno —ni por el jerárquico ni por el de negociación—. Por el contrario, y en cuanto que Constitución mixta, en ella se aúnan y entran en conexión las distintas modalidades de funcionamiento del Estado. De ahí que el Derecho administrativo deba escapar de una visión reduccionista, meramente defensiva, ante las expresiones del Estado cooperativo. Desde este ángulo,

⁹⁵ SCHARPF, *PVS*, 1991, p. 621 (627 ss.); BENZ, *Kooperative Verwaltung*, pp. 309 ss.; BRAUN, *Politische Steuerung*, pp. 29 ss., 47 ss. y 370 ss.

⁹⁶ BENZ, en SEIBEL y BENZ, *Regierungssystem und Verwaltungspolitik*, p. 83 (97 ss.).

tan legítima es la cooperación como indisponibles son las responsabilidades del Estado. En efecto, la legitimidad de las distintas formas de acción cooperativa es tan evidente como, por otro lado, irrenunciable resulta la responsabilidad u obligación del Estado en lo que hace a la iniciativa, organización, moderación y garantía de las prestaciones, y a las técnicas que le son inherentes entre las que se encuentran la producción unilateral de normas y la ejecución forzosa⁹⁷. Incluso cuando la cooperación constituya el supuesto normal, el Estado no será un socio más, sino que, por virtud de las restantes competencias que le asisten, habrá de ocupar una posición especial, que es la que le legitima para actuar al tiempo que le vincula u obliga. El modelo jerárquico y el de negociación no son por completo equiparables o intercambiables. La asimetría existente entre competencia y libertad se pone también de manifiesto en este terreno (*vid.* 1/22-26), si bien no menoscaba la legitimidad de la acción cooperativa. El sistema del Derecho administrativo habrá de preocuparse por darle la adecuada estructuración jurídica a la cooperación; por adaptar e integrar los resultados de la negociación en contextos o sistemas de decisión más amplios; otorgar la adecuada protección a los terceros, y por preservar la capacidad de acción del Estado frente a situaciones cambiantes (*vid.* 6/56-64, 70-73)⁹⁸.

C. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

50. Con la expresión "europeización" del Derecho administrativo hacemos referencia al influjo, complitud y transformación de los ordenamientos nacionales a resultas del impacto que producen los actos y las acciones jurídico-comunitarias. Son múltiples las vías de influencia⁹⁹, tanto a nivel horizontal entre los distintos sistemas nacionales, como vertical entre las organizaciones internacionales y supranacionales europeas y sus Estados miembros. Constituye un proceso en constante progreso desde hace años. La evolución jurídica hace suya la creciente interacción económica, social, técnica, cultural y administrativa entre los pueblos y Estados, al tiempo que la configura y desarrolla¹⁰⁰. Seguidamente nos ceñimos al espacio administrativo de la Unión Europea, en particular a la situación de la Administración en la Comunidad Europea. Aquí radica la clave de bóveda de la europeización

⁹⁷ Cfr. BENZ, *Kooperative Verwaltung*, pp. 311 ss.; asimismo, RITTER, en GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 69 (87 ss. y 102).

⁹⁸ En sentido análogo se expresa SCHULZE-FIELITZ, *DVBl*, 1994, pp. 657 ss.; J. P. SCHNEIDER, *VerwArch*, 1996, pp. 38 ss.

⁹⁹ Cfr. RESS, en J. BURMEISTER, *Verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung*, pp. 199 ss.; SCHMIDT-ASSMANN, en *FS für Lerche*, pp. 513 ss.

¹⁰⁰ Cfr. BRENNER, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, señaladamente, pp. 65 ss.; KREUZER, SCHEUING y SIEBER, *Europäisierung der Rechtsordnungen*, pass.

a la que venimos asistiendo, bien sea por la vía del influjo o impacto del Derecho (I), bien por la de las reformas de las estructuras sobre las que se asienta la acción de la Administración pública (II).

I. La europeización del Derecho a través del Derecho

51. Al Derecho de la Comunidad Europea que despliega sus efectos o influencia sobre los Derechos administrativos nacionales lo denominamos Derecho administrativo comunitario. Lo diferenciamos así netamente del Derecho administrativo propio por el que se rige la Administración comunitaria (*vid.* 7/14, 17). De los Tratados fundacionales se infiere la eficacia directa y la primacía del Derecho comunitario y, desde luego, la posición del Tribunal de Justicia como garante de su interpretación y aplicación (art. 164 TCE)*. Las normas escritas y la propia jurisprudencia parecen haberle asignado al Derecho administrativo comunitario dos finalidades u objetivos¹⁰¹: de un lado, la reforma interna del Derecho nacional, bien sea a modo de armonización, o bien con la aprobación de normas nuevas; de otro, obliga a que los Gobiernos nacionales adopten las medidas necesarias para que la ejecución del Derecho comunitario resulte efectiva y unitaria, configurando de ese modo la base conceptual de la Administración del espacio comunitario (*vid.* 7/6-11).

1. Los ámbitos de influencia del Derecho administrativo comunitario

52. El Derecho administrativo comunitario se halla presente en actos jurídicos comunitarios de todo rango y naturaleza. Al margen de algunos preceptos que forman parte del Derecho originario (como, por ejemplo, los arts. 48.4, 92 y 93 TCE) y de la propia jurisprudencia comunitaria, los Reglamentos y las Directivas constituyen también factores fundamentales de esa europeización. Por lo que se refiere a los *Reglamentos* (art. 189, párrafo 2, TCE) de contenido jurídico-administrativo, destacan hasta el momento las regulaciones sectoriales, como, por ejemplo, las que se han establecido en el ámbito del Derecho agrario o de la política social. Cuando en épocas anteriores los Reglamentos se ocupaban alguna vez de materias propias de la Parte general del Derecho administrativo lo hacían de modo muy puntual y concreto, sin una concepción más amplia o un modelo propio. Esta situación, sin embargo, ha empezado a cambiar y se observa cómo algunas regu-

* N. del T.: Hoy art. 220.

¹⁰¹ Para mayor abundamiento, *vid.* SCHEUING, en HOFFMANN-RJEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, pp. 289 ss., y su distinción entre "instrumentalización" (pp. 298 ss.) y "orientación" del Derecho nacional a través del Derecho comunitario (pp. 331 ss.).

más allá, incluyendo manifestaciones que no están, ya no están o aún no están constituidas en forma jurídico-pública²⁰⁸. Desde un punto de vista teórico podrían separarse en tales supuestos los ámbitos de decisión de las instancias públicas y de las privadas y someter a cada uno a sus propias exigencias de racionalidad. Desde el punto de vista de este modelo de separación se podría decir que el componente de decisión estatal caería bajo el mandato de legitimidad del art. 20 GG, mientras que el componente privado, como manifestación de la auto-determinación social no estaría sometido a las exigencias jurídico-públicas pensadas para quien ejerce funciones públicas.

101. Si se profundiza en el asunto se descubre, sin embargo, que existen procesos de cooperación con un grado tal de interdependencia entre la participación pública y la privada que no resulta realista la aplicación del modelo de separación expuesto²⁰⁹. Como manifestaciones de este ámbito intermedio se pueden citar el entrecruzamiento entre la formulación privada de una norma y su recepción pública, que se da, por ejemplo, en el Derecho de la seguridad técnica²¹⁰, o los encuentros entre la intelectualidad y el Estado, que se plasman en la Asociación Alemana para la Investigación (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*) o la Sociedad Max-Planck*; también el ámbito de los servicios sociales que se determina por el principio de subsidiariedad se debe incluir entre estos supuestos. Si se quiere alcanzar aquí el objetivo del mandato de legitimidad, consistente principalmente en alcanzar decisiones conformes con el bien común y adecuadas a los intereses en juego, sólo en lo que respecta a la contribución pública en la cooperación, ello supondría admitir que se ha prejuzgado una parte de la decisión al margen del Derecho administrativo. Esto no significa, por otra parte, que deba extenderse sin más el mandato de legitimidad derivado del art. 20.II GG a ámbitos de la actividad privada, según lo significativos que resulten en este contexto. Sin embargo, cabe partir de una extensión de la necesidad de legitimidad propia del Estado a este ámbito, que, sobre todo, autorizaría al legislador a asegurarse de que en los citados supuestos se tienen en cuenta los distintos intereses implicados y se les da audiencia (*vid.* 5/56-57; 6/30). También la eficacia jurídica de los derechos fundamentales impone que se creen garantías a la hora de ponderar intereses en el ámbito privado y se establezca una representación de intereses equilibrada. «La idea de

²⁰⁸ Para las distintas formas incluídas como "organizaciones de cooperación" en este ámbito, puede consultarse la completa exposición de BROHM, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, pp. 119 ss.; SCHMIDT-PREUSS, *VVDStRL*, vol. 56, pp. 160 ss.

²⁰⁹ Al respecto, TRUTE, *DVBl*, 1996, pp. 950 ss.

²¹⁰ Sobre el tema, ya *BVerfGE*, 64, 208 (214 y 215), refiriéndose a una doble legitimidad "estatal-democrática" y "corporativa"; una exposición completa en LAMB, *Kooperative Gesetzeskonkretisierung*, pp. 71 ss.

* *N. del T.*: Se trata de organismos cuya función es el fomento de la investigación y que entran a realizar valoraciones técnicas de la misma.

que el Estado tiene la responsabilidad de legitimar tiene como finalidad que mediante intervenciones previas o posteriores que legitimen una acción se ajuste el estatus de los actores privados a su función y se les impongan determinadas vinculaciones para compensar la falta de un control del contenido de la decisión por parte del Estado»²¹¹.

B. OTROS FACTORES QUE DETERMINAN AL DERECHO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO

102. El significado jurídico-administrativo de la opción constitucional por la democracia no se agota en la garantía de la legitimidad democrática y en la organización de la legitimidad autónoma, sino que se extiende más allá, influyendo en la dirección y organización de la Administración y en el estilo de administrar²¹². Si se parte de que la actividad administrativa tiene otros criterios para enjuiciar su corrección más allá de la legalidad, entonces gana significado el concepto de consenso. Otro tema propio del Derecho administrativo democrático es el de la participación. Finalmente, debe reflexionarse sobre si los conceptos, subordinados al de democracia, de lo público y el público pueden contemplarse como factores que determinan el Derecho administrativo democrático.

Todos estos conceptos se superponen parcialmente y en ocasiones se confunden con principios legitimantes; sin embargo, desde un punto de vista constitucional pertenecen más bien al ámbito ideal del principio democrático, pero también al del Estado de Derecho. En algún sentido, se pueden contar también entre los presupuestos necesarios de la Democracia²¹³. En todo caso a la hora de plantearse su transposición en postulados jurídico-administrativos concretos se debe actuar con prudencia, pero, dejando a un lado estas dificultades, se esboza para estas formas un considerable potencial de desarrollo a la hora de modular instrumentos y procedimientos que reaccionen ante el fenómeno de la aparición del Estado cooperativo (*vid.* 1/43-45) y de la integración administrativa europea (*vid.* 7/43-45)²¹⁴. Desde el momento en el que en la sistemática jurídico-administrativa se quiere hacer valer un concepto normativo de legitimidad se debe complementar el principio jerárquico que surge de tal modelo con otras formas políticas no jerárquicas²¹⁵.

²¹¹ TRUTE, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 249 ss. (p. 290).

²¹² En el mismo sentido, ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 5, núms. margs. 32 y ss.; también HILL, *DVBl*, 1993, pp. 973 ss. (977); con reservas, FABER, *Verwaltungsrecht*, § 12 I.

²¹³ En general, sobre los presupuestos de la democracia, BÖCKENFÖRDE, en *HStR*, vol. I, § 22, núms. margs. 58 y ss.

²¹⁴ Sobre la política de la integración BLANKE y KUSCHNICK, *DÖV*, 1997, pp. 45 ss.

²¹⁵ *Vid.* RITTER, en GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*, pp. 69 ss. (103 y 104); en el mismo sentido y en el contexto de la investigación científica de la política: SCHARPF, *PVS*, 1991, pp. 621 ss. (627 ss.). También CRAIG, *Public Law and Democracy*.

I. Consenso

103. Con el término consenso * queremos referirnos a la disponibilidad para aceptar decisiones. El consenso comprende, en tal sentido, el abanico de valoraciones de las decisiones administrativas que va desde la consideración de una decisión como correcta hasta su valoración como digna de reconocimiento²¹⁶. Con frecuencia, se utilizan los términos consenso y legitimidad como sinónimos, sin embargo, desde la perspectiva del concepto de legitimidad que hemos desarrollado arriba, hay una clara diferenciación: el consenso no es un concepto dogmático de la teoría de la legitimidad. Este concepto y su función tienen que ver con el hecho de hacer comprensibles las situaciones y apreciables las valoraciones, o sea, de lo que la teoría sociológica califica como «evidencia social» o «plausibilidad cotidiana»²¹⁷.

104. En la sistemática jurídico-administrativa la idea de consenso adquiere significación en la sistematización del desarrollo del procedimiento²¹⁸, abriendo la posibilidad de determinar qué debilidades del procedimiento llevan a una deficiencia en el consenso que puede estar motivada por la opacidad de la estructura de la decisión y de sus presupuestos normativos, pero también por la previsible o real falta de neutralidad administrativa o por un disenso en los valores que la fundamentan. Por otra parte, el concepto de consenso sobre los riesgos se erige en una meta fundamental para la administración de dichos riesgos²¹⁹. En cuanto a los medios para mejorar el consenso debe señalarse que son muy distintos entre sí, a menudo basta con una mejor política de información y de disposición al diálogo por parte de la Administración; si el disenso proviene de que se cuestiona la neutralidad de la Administración por su especial conexión con el objeto del proceso se podría acudir a una fórmula de actuación distinta **. En todo caso, la separación entre quien impulsa el proyecto y el órgano autorizante parece una exigencia evidente²²⁰. También se pueden acercar más los procedimientos al esquema de los procesos judiciales introduciendo la posibilidad de dictámenes paralelos²²¹. Cuando los pro-

* N. del T.: El término empleado por el autor es "Akzeptanz".

²¹⁶ WÜRTEMBERGER, *Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, p. 61.

²¹⁷ WÜRTEMBERGER, *NJW*, 1991, p. 257 (260).

²¹⁸ Sobre este tema en profundidad, WÜRTEMBERGER, *Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, pp. 98 ss.

²¹⁹ Al respecto, SCHERZBERG, *VerwArch* 1993, pp. 484 ss. (pp. 503 y 504).

** N. del T.: La expresión literal del autor sería desacoplamiento o desconexión; en este contexto se refiere a la posibilidad de cambiar de fórmula de actuación mediante, por ejemplo, la intervención de mediadores.

²²⁰ Vid. STEINBERG, *Fachplanung*, § 3, núm. marg. 8, con una crítica plausible a la sentencia del BVerwG contenida en *DVBl*, 1987, pp. 1267 ss.

²²¹ Vid. WÜRTEMBERGER, *Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, pp. 120 ss.

blemas de consenso alcanzan una especial virulencia se puede acudir a mediadores externos a la propia Administración; dichos mediadores no pueden excusar a la Administración de su obligación de adoptar las decisiones requeridas por la Ley, pero pueden organizar los intereses en conflicto de tal modo que a pesar de las divergencias en los puntos de partida se puedan buscar los aspectos de consenso y aspirar a un equilibrio entre las partes (*vid.* 6/73).

105. Más difícil de determinar es el papel del consenso en el resultado del proceso. En tal sentido, resulta plausible asignar un valor positivo al consenso que se alcanza respecto a una determinada decisión administrativa, ya que el consenso es un elemento de la corrección de dichas decisiones, corrección que va más allá de su mera legalidad (*vid.* 4/89)²²². Esto nos autoriza a plantearnos la pregunta sobre el rango entre estas dos formas de valorar la corrección en los casos en los que sus exigencias, lejos de converger, discurren por caminos diversos. En este punto, no se plantean problemas en los casos de clara colisión, porque en ellos se aplica el principio de prioridad del criterio jurídico, lo que significa que la falta de consenso no implica la enervación de la vinculatoriedad jurídica de la decisión legalmente adoptada, como tampoco la existencia de consenso libra de la reacción del Derecho frente a la decisión antijurídica. El peso del consenso se muestra, más bien, en las relaciones caracterizadas por la discrecionalidad y la necesidad de ponderar intereses. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) ha reconocido la significación del consenso, por ejemplo, en el ámbito de las decisiones sobre alteración del territorio de las entidades locales²²³. El Tribunal comienza distinguiendo la falta de consenso del mero «rechazo como expresión del descontento»; se puede hablar de déficit de consenso cuando éste se puede justificar con razones plausibles, sin que se pueda contar con su enervación en un período de tiempo razonable. Un déficit de consenso de esta naturaleza puede ser una razón habilitadora para, por ejemplo, justificar otra nueva reforma territorial. El consenso no constituye aquí un argumento jurídico autónomo, pero puede convertirse en uno de los factores a tener en cuenta a la hora de aplicar las normas que incluyen cláusulas genéricas de atención al interés general y de forma mediata constituirse en un factor de legitimidad jurídica. Sin que resulte impensable, por otra parte, que el control judicial de las resoluciones administrativas tenga distinta intensidad según que la Administración haya encontrado consenso o no con respecto a dichas resoluciones.

²²² Sobre este tema, HOFFMANN-RIEM, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, pp. 133 ss. (pp. 133 ss.); el mismo autor insiste en esta idea en *DVBl*, pp. 1381 ss. (p. 1382); también WÜRTEMBERGER, *Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, pp. 61 y 62.

²²³ Vid. BVerfGE, 86, 90 (111).