

2295-2652
72745-0

LA JUSTICIA URUGUAYA

REVISTA JURIDICA



SALA

TOMO CXI



SALA

La Justicia uruguaya :

1995 Vol.111 c1



FD-UY/JU1111995C1

Directores Fundadores :

Dr. OSCAR ARIAS BARBE
Dr. EDUARDO ALBANELL MAC COLL

Directores:

Dr. EDUARDO ALBANELL MARTINO
Esc. ADOLFO ALBANELL MARTINO

Director Redactor Responsable:

Esc. ADOLFO ALBANELL MARTINO

Administrador:

WALTER ARIAS HUGHES

COPIA 1

CATALOGADA AÑO 1995

LA PARTICIPACION DE LOS CIUDADANOS EN LA ADMINISTRACION

Alberto Ramón Real

El 19 de octubre de 1982, inesperadamente, falleció en Montevideo el Dr. Alberto Ramón Real. "La Justicia Uruguaya" que lo contó entre sus más encumbrados colaboradores, se honra publicando la última disertación que realizara el ilustre constitucionalista días antes de su fallecimiento, precisamente el 13 de octubre de 1982, en la Universidad de Belgrano (Buenos Aires), en el Curso de Especialización de Derecho Público, que ésta organizara.

El trabajo que se publica constituye, pues, un verdadero testamento doctrinario sobre el tema, de quien fuera profesor de Derecho Constitucional, Ciencia Política, Derecho Administrativo y Decano de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

La Personalidad del autor

Abogado desde 1942, su larga carrera docente, no sólo en la Facultad de Derecho, sino en el Instituto de Enseñanza para Oficiales de Policía (1945-1947) y en el Instituto Militar de Estudios Superiores (1947-1953), fue acompañada de una intensa actuación en la Administración Pública, como asesor de los Ministerios de Instrucción Pública e Industria y Trabajo; de la Jefatura de Policía de Montevideo, de la Contaduría General de la Nación y del Consejo Central de Asignaciones Familiares.

Sus numerosas publicaciones, que se inician con sus libros de tesis sobre "Los decretos-leyes" (1946) y "El Consejo de Economías Nacionales" (1947), culmina con sus "Estudios de Derecho Administrativo" (1965) recogidos en tres tomos; "Estado de Derecho y humanismo personalista" (1974) y el "Control de la Administración" (1976).

"La Justicia Uruguaya" y la "Revista Uruguaya de Estudios Administrativos" han publicado sus últimos trabajos sobre el procedimiento administrativo como garantía de los derechos humanos, que constituía una de sus más arraigadas convicciones.

Miembro de la "Comisión Internacional de Juristas", participó en numerosos congresos y cursos internacionales en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Estados Unidos, visitando, por invitación del Departamento de Estado, las Universidades de Columbia y Harvard.

Sus conceptuosos trabajos trascendieron nuestras fronteras, siendo designado Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza (1977), del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá (1979) y Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad del Norte "Santo Tomás de Aquino", Católica, de Tucumán (1980).

SUMARIO

I. Participación política y administrativa. II. La efectiva vigencia de la democracia constitucional, condición sine qua non de una posible participación popular de control. III. La participación en la Constitución de España. IV. Limitación de este trabajo a la participación administrativa. V. Gestión y Autogestión. VI. La participación a través del procedimiento administrativo. VII. Los consultas y audiencias previas a los actos de efectos generales. VIII. Conclusiones.

PARTICIPACION POLITICA Y ADMINISTRATIVA.

La intervención en diversos grados de intensidad, de los ciudadanos y administrados en los asuntos generales de la comunidad y en los procedimientos en lo que tienen algún

interés de grupo o personal, es un tema multidisciplinario, de derecho constitucional, de ciencia política y de derecho administrativo. Es obvio que no podemos ahondar en todos

sus aspectos.

El derecho constitucional estudia los procedimientos diversos a través de los cuales los ciudadanos intervienen en la gestión pública, con fines de iniciativa, o de control.

La moderna democracia gobernante de que nos habla BURDEAU, ya no supone, como la democracia gobernada clásica, o sea la puramente representativa, que los ciudadanos son aptos para elegir, pero ineptos para participar en las decisiones gubernativas. Tal era la tesis de la democracia censitaria, que así limitaba la ciudadanía a un mero derecho electoral solo ejercible un instante, en cada elección, e inexistente, durante todo el período gubernativo de los electos.

Actualmente, con la alfabetización generalizada, el aumento de la cultura, la información sobre los asuntos públicos, que proveen los medios masivos y la organización de partidos permanentes, rige el sufragio universal y el ciudadano está en condiciones de opinar y de participar diversamente por otros medios: acciones populares, revocatorias de mandatos (recall) si desconforma la actualización de los representantes, recursos objetivos de inconstitucionalidad o ilegalidad independiente del interés personal de los recurrentes (Uruguay en materia municipal).

En el Uruguay tenemos consagrados en textos constitucionales y legales, la iniciativa popular y el recurso de referéndum en materias de competencia de los Departamentos.

Estos mecanismos se usaron poco; en algunos casos para protestar por aumentos de tarifas del servicio de transporte urbano o contra aumentos de impuestos, cuando los Municipios tenían potestad tributaria.

Estos últimos recursos de referéndum no funcionaron, en la práctica, porque las negativas y entorpecimientos de las autoridades municipales, fueron coonestados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mediante la consabida tesis de la irrecorribilidad del acto de gobierno, que lo vuelve inmune a la jurisdicción.

Una cosa es, pues, la teoría legal de los textos y otra suele ser la realidad participativa.

Precisamente la ciencia política, con métodos estadísticos y sociológicos, determina el grado efectivo de la participación ciudadana (es clásico el trabajo de Meynaud y Lancelot sobre la participación de los franceses en la política).

También se discute en los países desarrollados y democráticos acerca de si existe politización o despolitización de las masas. El hombre contemporáneo preocupado por el trabajo diario, dedicado al descanso en el tiempo libre, mediante la contemplación pasiva de espectáculos deportivos y de la televisión, no suele disponer de inquietud cívica ni del ocio noble, de que hablaban los griegos para ocuparse del bien común.

En Grecia sólo los esclavos trabajaban prácticamente. Los hombres libres se dedicaban a la política, el arte, la guerra y la filosofía.

Aunque parezca paradójico, en la sociedad de masas y de consumo, se desarrollan el aislamiento y el egoísmo individualistas de la persona y del pequeño núcleo familiar

actual.

Y cuando los seres humanos se agrupan en organizaciones para la defensa de especiales intereses, de grupo (como los sindicatos) juega la ley de hierro de la oligarquía formulada por Michels a principios de siglo y los dirigentes tienden a perpetuarse y a monopolizar el poder del grupo. La participación del simple adherente no suele pasar de votar en asambleas, sin discusión, lo que proponen los de arriba. Y lo mismo pasa, desde luego, en los partidos políticos.

Hay, pues, circunstancias reales desfavorables a la auténtica participación de base en la sociedad contemporánea.

Hay, realmente, despolitización en las democracias antiguas y desarrolladas. Desde luego, como veremos, el caso es mucho más grave donde nunca hubo democracia, como en Rusia, o donde ella está de vacaciones, desde hace muchos años, como en ciertas partes de América Latina.

El famoso "no te metas" funciona bien en estos casos. Si quien hace una denuncia, por defender la legalidad o el interés público, se ve amenazado con un proceso por el delito de desacato y otras persecuciones, un instinto natural de conservación lo lleva a abstenerse de volver a correr tales riesgos y el ejemplo cunde. Cuando hay miedo por inseguridad, no tiene sentido hablar de la participación popular como control. Esto nos lleva al tema siguiente.

II. LA EFECTIVA VIGENCIA DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL ES CONDICION SINE QUAE NON DE UNA POSIBLE PARTICIPACION POPULAR DE CONTROL.

Como ya hemos insinuado, la efectividad de las libertades públicas y de las garantías de los derechos humanos, en general, que sólo se conciben en la democracia constitucional, son condición esencial para la existencia de una participación popular, en general, y del administrado, en particular, en el control de la administración.

Es indispensable especialmente para que tal control pueda actuar, la publicidad de los documentos oficiales, que no son papeles privados de los gobernantes sino que pertenecen a la República, que los ciudadanos integran. Salvo excepciones estrictas, protectoras del derecho a la intimidad de terceros, o a la defensa nacional, todos los documentos públicos han de ser accesibles a los ciudadanos y muy especialmente los que les conciernen como los datos de ficheros policiales o datos de la informática.

Los periodistas necesitan especialmente de este derecho, del que han hecho uso espectacular en Estados Unidos.

Las leyes estadounidenses, alemanas y francesas, inspiradas en las primeras, regulan este derecho a la información de la actividad oficial, que es medio necesario para la participación popular, mediante denuncias periódicas que alertan a la opinión pública (fuerza temible en las democracias, como lo comprobó Nixon) y al Ministerio Público y la Judicatura.

Si parte de la actividad oficial es secreta, si no se publican documentos importantes, como los que fijan por decreto

sueños
cos, no
ción de
imposib.

Des
único, i
fue el p
tos y c
que est
cionales.

En

no es ne

Y c

constitu

Tan

del con

lista" o

reestruc

cedente

kuratura

No

que los

tica pa

viejas y

cado de

Aleman

Bajo

canos de

cretó, e

haberse

rativismo

pados p

del inter

ritario.

Esto

del siglo

respecto

III.

La C

en su ar

cipar en

de sus re

La c

lar acen

Constitu

Pero

de buen

anterior

dana en e

La

el fin es

cipación

tica, eco

sueldos privilegiados a ciertos sectores de funcionarios públicos, no existe posibilidad de poner tales hechos a consideración de la opinión pública y el control popular se vuelve imposible.

Desde luego, en los regímenes totalitarios, de partido único, la participación es un simulacro y un mito porque fue el partido fascista, centralizado, el que dirigió los sindicatos y corporaciones, mediante artificios legales y policiales que estudié en mi libro sobre los consejos económicos nacionales.

En América Latina existieron parecidos ejemplos que no es necesario mencionar porque todos los conocen.

Y en la Unión Soviética el partido es, por confesión constitucional, el dirigente de todas las organizaciones sociales.

Tan poca confianza se tiene en Rusia de las posibilidades del control popular, que, para mantener la "legalidad socialista" o sea la disciplina que interesa al régimen, han debido reestructurar y montar un sistema de control de oficio, procedente del absolutismo de Pedro el Grande, la famosa Prokuratura.

No es, pues, de extrañar, sino perfectamente natural, que los mejores ejemplos, verdaderos y no míticos de auténtica participación popular controladora, nos vengan de las viejas y maduras democracias anglosajonas y de su más aplicado discípulo en la actualidad, la República Federal de Alemania.

Bajo alguno de los regímenes autoritarios latinoamericanos de hace unos años se hizo propaganda, que no se concretó, en favor de un participacionismo corporativo, que de haberse concretado, sólo pudo ser de tipo fascista. El corporativismo tiende a dividir la sociedad en sectores tan preocupados por sus intereses particulares como despreocupados del interés general, cuyo árbitro es el régimen político autoritario.

Esto ya lo vio y dijo Benjamín Constant, a principios del siglo pasado. De manera que ya no cabe engañarse al respecto, por lo menos de buena fe.

III. LA PARTICIPACION EN LA CONSTITUCION DE ESPAÑA.

La Constitución de la actual España democrática proclama en su artículo 23 el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes...

La democracia moderna exige una participación popular acentuada y permanente en la gestión gubernativa y la Constitución española consagra esa aspiración de la época.

Pero no es esto sólo, sino mucho más, lo que contiene de bueno la Constitución española, como ya lo dijimos en anterior conferencia, a propósito de la participación ciudadana en el Estado democrático-social de derecho.

La Constitución italiana en su artículo 30, proclamó el fin estatal de remover los obstáculos a la "efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país", debiendo entenderse la

expresión trabajadores, en su sentido más amplio, no clasista.

En la nueva Constitución de España, de 1978, la idea democrática de participación ciudadana en la elaboración de las normas, incluso administrativas, que han de regir a la comunidad, es un principio general, coherente con otros, fundamentales del nuevo régimen institucional.

El artículo 90, apartado 2 de la Constitución de España también proclama el deber de los poderes públicos de promover condiciones tendientes a "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

La participación se relaciona con la calidad de Estado democrático de España (artículo 10, Constitución), porque la intervención de los ciudadanos en las decisiones públicas, para su mejor adecuación a la voluntad del pueblo, se funda la soberanía popular (artículo 10, apartado 2), deriva de ella y, con las libertades públicas, configura el Estado social y democrático. Nuestro tiempo, de modernas democracias "gubernantes", ya no se contenta con la ficción de representatividad de la democracia clásica ("governada", según Burdeau). La participación también se relaciona con el pluralismo ideológico y asociativo: artículos 60., 70., 16, 22, 36 y 51. Este se refiere a las organizaciones de consumidores y usuarios. Estos grupos sociales son titulares del derecho de participación.

Destacamos que la ley regulará la audiencia a las organizaciones de consumidores y usuarios (artículo 51, apartado 2). También regulará "la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones, reconocidas por la ley, que los representen, en el procedimiento de aprobación de las disposiciones administrativas que los afecten" (artículo 105, a). Serán fundamentalmente los grupos sociales los que participen en la Seguridad Social y en los organismos públicos cuya función afecte directamente la calidad de la vida y al bienestar general (artículo 129, apartado 1). Por su parte los sindicatos y otras organizaciones económicas, empresariales y profesionales, participan, con su asesoramiento y colaboración, en el proceso formativo de los planes económicos. A tal fin se constituirá un Consejo (artículo 131, apartado 2).

La idea de administración "abierta y dialogante" se expresa a través de concretas instituciones de participación administrativa, realizadoras del principio general del artículo 90, apartado 2.

Es interesante comprobar la amplitud del antes transcrito apartado a) del artículo 105, Comenta Sánchez Morón en su ponderable estudio que "los legitimados para intervenir en estos procedimientos no son, o no son sólo los titulares de intereses directos, pues a ellos se refiere el artículo 100, c, que prevé la audiencia en garantía de dichos intereses y de los derechos subjetivos. Se trata, más bien de los sujetos portadores de intereses difusos y colectivos, de aquellos intereses sociales reconocidos jurídicamente que afectan a categorías enteras y a todos y cada uno de los miembros de esas categorías", como los sindicatos, asociaciones de vecinos, ecológicas, culturales, de estudiantes, o padres de alumnos, las asocia-

ciones de consumidores (artículo 51). Concluye el autor, en lo que interesa a nuestro tema: "Todos estos sujetos podrán participar en los términos que la ley (mejor, las leyes especiales) establezcan en el proceso de formación de reglamentos y actos administrativos de carácter general".

Considero ejemplares estas soluciones. Condensan el pensamiento y la experiencia de la civilización democrática.

IV. LIMITACION DE ESTE TRABAJO A LA PARTICIPACION ADMINISTRATIVA.

Para mantenerme dentro del tema orientado preferentemente al derecho administrativo, prescindiré de mayores consideraciones acerca del vasto tema de la representación de intereses y el de la participación política, tema este último tratado con erudición por Dana Montaña en su libro "La participación política y sus garantías" y por Zampeti en "La participación popular en el poder", con una iniciativa novedosa.

Dejemos de lado, por razón de tiempo y lugar al derecho constitucional, si bien en él están las bases de la participación administrativa y suele ser muy difícil separar estas dos ramas del derecho público. El derecho administrativo tiene sus bases en la Constitución formal, la que al agrandarse constitucionalizada (formalmente) temas que eran y siguen siendo de derecho administrativo, materialmente. Estos temas se vuelven formalmente constitucionales, como hace muchos años lo explicó Merkl. Al fin, pertenecen en parte con variaciones de enfoque a ambas ramas del derecho público.

V. COGESTION Y AUTOGESTION.

Prescindiremos también de aspectos anecdóticos que menciona Agustín Gordillo sobre la participación de civiles en los gobiernos militares y la de militares en gobiernos civiles, que son aspectos más bien folklóricos.

En su reciente libro "Problemas del control de la Administración en América Latina" centra su atención en otros aspectos que directa o indirectamente implican participación. Entre ellos las llamadas cogestión, con participación directiva de los interesados y autogestión, cuando el poder de decisión pertenece exclusivamente a las personas vinculadas al servicio, como ocurrió en las Universidades argentinas y en la uruguaya, con las consecuencias conocidas.

En el Uruguay desapareció la cogestión preexistente no sólo en la Universidad; también en el sistema paraestatal de seguridad social (asignaciones familiares y seguros de enfermedad) y se derogó la previsión de participación de empresas, jubilados y trabajadores activos en los institutos jubilatorios, que se reunieron en una Dirección General, centralizada.

La cogestión y la autogestión han desaparecido en los hechos en el Uruguay y, según Gordillo, no tienen buenas perspectivas en América Latina. Alain Plantey, en "prospective de l'Etat" ha descripto y explicado las múltiples formas de participación y diálogo social existentes en Francia (ver

anexo).

VI. LA PARTICIPACION A TRAVES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Finalmente diremos unas palabras acerca de la participación en el procedimiento administrativo.

La ley alemana vigente desde el 10. de enero de 1977 es ejemplar por su aplicación de los principios del Estado de derecho en esta materia.

El derecho de defensa del administrado ante la administración activa, en el Estado social de derecho, no es un mero instrumento individualista (de oposición u hostilidad de la sociedad al Estado, en el sentido tradicional). Por el contrario, el ejercicio del derecho de defensa, regulado por esta ley, es visto como una forma de colaboración o participación ciudadana de los administrados o gobernados en la génesis de las decisiones que les conciernen o que los afectan; esa participación procura la armonía y conciliación del interés público y del particular. Esa participación es la mejor prenda del acatamiento de lo resuelto, a través del consenso obtenido por convicción. El administrado no es tratado como cosa o como súbdito, sino como persona titular de derechos subjetivos respetables, entre los cuales está en primer lugar el del ser oído antes de ser condenado o perjudicado por una medida de la Administración.

En cuanto a sus titulares, el derecho a ser oído se acuerda con amplitud a las partes naturales como el solicitante o su eventual oponente (si se discute sobre derechos exclusivos) o el destinatario del acto (candidato a sancionado por ejemplo) y aún los terceros que pueden ver afectada su situación de interés legítimo por la solución a recaer. Cuando una petición, de ser acogida, tendría un efecto desfavorable para un tercero, a éste se le debe dar, obligatoriamente, oportunidad de intervenir como parte. Fromont pone los ejemplos del lindero de un terreno en el cual se solicita permiso para edificar, del vecino de un bar que solicita horario nocturno, etc. En vez de dictar el acto y luego exponerlo a la impugnación de ilegalidad o inconveniencia por parte de los interesados, éstos son oídos antes de la emisión del acto y pueden participar con sus objeciones en la formación del criterio administrativo y así favorecer el acierto de las soluciones, evitar contiendas y contribuir a la estabilidad y prestigio de las decisiones administrativas. Incluso es facultativa la invitación a participar personas interesadas en oponerse a la resolución que se pide o proyecta, para evitar un precedente que las puede perjudicar. Socialmente y democráticamente es indiscutible la superioridad de esta solución a la tradicional de producción autoritaria y unilateral del acto y su impugnación contenciosa ulterior por el administrado, convertido en litigante contra su voluntad, si no se resigna a soportar la arbitrariedad por temor a represalias, falta de recursos o falta de fe en la eficacia y celeridad de la Justicia.

El autor francés Fromont, gran conocedor del derecho público alemán, reconoce que "el derecho a ser oído tiene

en Alemania en Francia, derechos de tomadas a pública)".

Cuando que afectan general o ante el cual semejantes a

Aquí precráticos del g dominación o

El derecho en francés) se pantes en el chos con conu

VII. LAS LOS

Discreción de dis

La general especial atenu de actos jurí particulares, los derechos s y directos. Hi administrativo

En general normativos (i unilateral, au Los posibles rios con los i con expertos esporádicos y la libertad de, salvo textos q consultivos, p consultas prod

La public normativos de sajonas y en F La consulta y

Es natura surgido los i procedimiento de anteproyec y enmiendas públicas, para cívico y el co chos subjetivo. de estos inter del arbitrio gu

D. Tomo CXI

en Alemania un campo de aplicación mucho más vasto que en Francia, donde el principio general del respeto de los derechos de la defensa permanece limitado a las medidas tomadas a título de sanción (salvo en materia de función pública)''.

Cuando la administración se propone preparar planes que afectan a una colectividad de individuos, al público en general o autoridades locales, el procedimiento previo mediante el cual se ejerce este derecho a ser oído asume formas semejantes a la audiencia pública o encuesta pública.

Aquí prevalecen claramente los actuales principios democráticos del gobierno por convencimiento y consenso y no por dominación o imperio.

El derecho a ver el expediente (*communication du dossier*, en francés) se confiere a los interesados en calidad de participantes en el procedimiento, para poder hacer valer sus derechos con conocimiento de causa.

VII. LAS CONSULTAS Y AUDIENCIAS PREVIAS A LOS ACTOS DE EFECTOS GENERALES.

Discrecionalidad tradicional del procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de efectos generales.

La generalidad de la doctrina y de las legislaciones prestan especial atención a los procedimientos previos a la emisión de actos jurídicos administrativos de efectos individuales o particulares. Es este un enfoque individualista, protector de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos, personales y directos. Históricamente esta fue la parte del procedimiento administrativo donde primeramente se introdujeron garantías.

En general en la elaboración de los actos administrativos normativos (reglamentos, en general) prevaleció la técnica unilateral, autoritaria y burocrática, interna y sin publicidad. Los posibles contactos previos de las autoridades o funcionarios con los interesados (particulares y grupos de presión) y con expertos ajenos a la Administración, fueron, en general, esporádicos y asistemáticos, discrecionales. La regla ha sido la libertad del procedimiento de elaboración de reglamentos, salvo textos que impongan el peanao de dictamen a órganos consultivos, por ejemplo, en cuyo caso la omisión de tales consultas produce un vicio de forma.

La publicidad y el examen "prenatales" de los actos normativos de la Administración en las democracias anglosajonas y en Francia y su influencia en España y otros países. La consulta y la audiencia pública.

Es natural que en las democracias anglosajonas hayan surgido los primeros intentos ejemplares de sistematizar procedimientos de información previa a la opinión pública de anteproyectos normativos y de recolección de objeciones y enmiendas propuestas, a través de audiencias y encuestas públicas, para participar en las cuales importaba más el interés cívico y el conocimiento de causa que la invocación de derechos subjetivos o de intereses directos y personales. El origen de estos intentos de democratizar la Administración (sede del arbitrio gubernativo tradicional) procede de la Inglaterra

victoriana de 1893, según nuestros informes.

En la primitiva "Rules Publication Act" inglesa de 1893, el Parlamento dispuso que las regulaciones ministeriales debían publicarse previamente a su aprobación, salvo excepciones en casos de emergencia, y que debían considerarse las objeciones opuestas en el plazo de cuarenta días. Esta disposición fue derogada, como procedimiento obligatorio general, en 1946, porque, según Allen, "nunca fue muy eficaz" y por entenderse, en principio preferible el sistema de la consulta informal.

Desaparecieron, en general, en Inglaterra las que Carr llamó "garantías prenatales" de los reglamentos delegados, al mismo tiempo que entraba en vigor en Estados Unidos la ley de procedimiento administrativo que adoptó dicho sistema. Desde luego el procedimiento de la encuesta pública tiene igualmente, en numerosas materias especiales, amplia aplicación actual en Inglaterra: lo prescriben normas especiales pero responde a un tipo común, que es estudiado en sus rasgos generales en obras doctrinarias como de la de Wade. Las normas estatutarias (de derecho escrito) referentes a planificación urbana y rural, construcción de nuevas ciudades, sanidad, transporte, aviación, expropiaciones para construir aeropuertos, carreteras, etc., generalmente prescriben este procedimiento que da oportunidad de ser oídos a quienes disienten con algún proyecto importante, antes de que se produzca la decisión final. Se aplica la regla de justicia natural que manda oír a la otra parte (*audi alteram partem*), estableciéndose un procedimiento especial para tramitar las objeciones.

Schwartz elogia entusiastamente este procedimiento abierto y público, democrático, que permite recoger, preventivamente, el pensamiento de los interesados y conocedores y de la opinión pública, antes de emitir el acto reglamentario.

En dichos países, donde en general se entiende que el poder reglamentario es delegado y no inherente al Poder Ejecutivo, como se entiende en Francia, se sustituyen así algunas garantías del procedimiento legislativo, que es de hecho inaplicable a la masa de reglas que requiere el Estado contemporáneo.

Admitida la inevitabilidad del amplio poder reglamentario de la Administración, se ha preferido centrar la atención en su control. Los procedimientos en cuestión tienen por fin "asegurar la participación de los particulares interesados por el ejercicio del poder reglamentario en la formación de los reglamentos. El problema fundamental que entrañó esta participación ha sido la democratización introducida en la creación de los reglamentos", dice Schwartz.

A tales fines se crearon las técnicas especiales de consultas y conferencias y de audiencias públicas. Se someten los proyectos a las entidades presumiblemente interesadas para que hagan llegar su opinión sobre el texto considerado y suelen unirse en una conferencia pública funcionarios y administrados, para expresar con gran libertad sus opiniones recogidas en la versión del evento, que es considerada antes de la formulación definitiva del reglamento.

Las audiencias públicas, previas a la formulación de un reglamento en la práctica norteamericana son más abiertas,

son públicamente anunciadas de antemano y puede participar en ellas y expresar públicamente su opinión todo ciudadano interesado, que así recibe "la impresión de participar efectivamente en la elaboración de los reglamentos".

En el derecho administrativo francés la encuesta (enquête) pública es conocida pero es un procedimiento especial no generalizado, utilizado previamente a la declaración de utilidad pública y a ciertas operaciones de urbanismo.

La encuesta pública es más democrática que la consulta "en la medida en que ella no predetermina las personas o las organizaciones que puedan presentar observaciones; a este título ella constituye mucho mejor que el procedimiento consultivo un sustituto del procedimiento contradictorio en materia de decisiones reglamentarias". En la obra de Isaac se describen los procedimientos franceses de consulta y encuesta.

La ley española de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, tan prestigiosa en América Latina, regula, como procedimiento especial, en su Título VI, capítulo I, artículos 129 a 132, el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general y de anteproyectos de ley "siguiendo el criterio de la ley norteamericana de procedimiento".

La exposición de motivos de la ley española explica que este procedimiento persigue dos objetivos: 1) asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición mediante los informes y estudios previos; 2) conocer la opinión de los administrados a través de la información.

El maestro González Pérez destinó un estudio a este procedimiento en el cual certeramente comenta "aunque parezca paradójico no se trata de un procedimiento a través del que se realice una función administrativa, sino la función normativa o legislativa en su más amplio sentido".

Y luego, con su habitual gracejo, anota, a propósito del deseo de conocer la opinión de los administrados: "Cuántas veces se evitarían disposiciones desafortunadas y contrarias a los fines que se pretenden si se oyera al pobre y sufrido administrado".

Las garantías se conceden con muchas restricciones en la ley española, pues la oportunidad de exponer opinión los sindicatos y demás entidades que representan intereses generales o corporativos, se concede "siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje" (artículo 130, num. 4).

El proyecto se somete a información pública "cuando a juicio del Ministro la naturaleza de la disposición lo aconseje" (artículo 130, numeral 5). El artículo 87 regula la información pública. El procedimiento consiste en el anuncio en el Boletín oficial de que cuantos tengan interés en el asunto pueden examinar el expediente en la oficina y aducir lo que estimaren procedente, en un plazo no inferior a veinte días.

Esperamos que la reciente constitucionalización del Estado democrático y social de derecho en España facilitará la extensión de estos procedimientos, de notoria tendencia democrática y se eliminarán las "cautelos" o cortapisas con que los otorgó el régimen autoritario franquista.

La ley general de la Administración Pública de Costa Rica, de 2 de mayo de 1978 también regula la elaboración

de disposiciones de carácter general (capítulo único del título IX, artículos 361 a 363), mejorando el modelo español.

Con respecto a Uruguay cabe mencionar ensayos parciales del régimen de audiencia pública previa a la concesión de de servicios de transporte colectivo automotor de pasajeros por carretera (decreto 598/967 de 7 de setiembre de 1967) y de servicios de aeronavegación (decretos Nos. 358 y 359, de 15 de setiembre de 1964, modificados por el No. 413/967 de 6 de julio de 1967; posteriormente rigió el decreto No. 75/971 de 4 de febrero de 1971 y decreto No. 492 de 5 de agosto de 1971).

El decreto reglamentario del nuevo Código Aeronáutico, de 1974, es el No. 39/977, de 25 de enero de 1977 y sus artículos 14 y 15 regulan la instrucción de la petición y un término de manifiesto, después del cual, durante diez días, pueden hacer observaciones a la petición los "titulares de un interés legítimo". Se da vista al peticionista y sólo "en caso de estimar conveniente la Dirección General de Aeronáutica Civil procederá a diligenciar las pruebas que se hubieran ofrecido".

El expediente se eleva para resolución del Ministerio de Defensa Nacional, con dictamen de la Comisión Nacional de Política aeronáutica y del Comando General de la Fuerza Aérea. La audiencia pública ha desaparecido. La resolución se notifica al peticionante y a los autores de observaciones.

Necesidad de las garantías previas ante la expansión actual del poder normativo de la Administración.

Los poderes normativos de la Administración mantienen desde hace mucho, una tendencia sostenida a su ampliación e intensificación, en cuanto a las materias que abarcan y a su importancia jurídica. El uso enorme de la "legislación delegada" en Inglaterra y otros países, los "decretos-leyes" de urgencia, los reglamentos que desenvuelven leyes de bases o de cuadros; la proclamación (Francia 1958) del Ejecutivo como legislador (en sentido material), de derecho común, mientras que el Parlamento es legislador de excepción; la concentración en el Ejecutivo de la iniciativa legislativa, por mecanismos constitucionales o por el hecho del liderazgo parlamentario ejercido por el gobierno, son algunas manifestaciones de este fenómeno del siglo XX, del que nos hemos ocupado en anteriores estudios y que hoy es un lugar común.

Razones diversas y de fácil comprensión requieren disciplinar este fenómeno para evitar el caos normativo y para asegurar la eficacia de las reglas, por su calidad y por su discusión y consentimiento previos por la opinión experta e interesada.

Valorización actual de la compulsa de expertos e interesados, mediante consultas y audiencias. El caso de la planificación económica. Recomendaciones de la ciencia de la administración.

La complejidad de la administración moderna y la multiplicidad y diversidad de las intervenciones estatales en la vida económico-social contemporánea, mediante diversas regulaciones, han valorizado la injerencia de expertos (tecnócratas o no)

y c
pres
y p
tien
pro
y de
afec
trat
audi
mie
en s
nal
La C
Ofici
Ejec
desa
sione
los t
230,
1
1976
Comi
nació
en la
sector
ría de
es cor
tución
E
Const
por re
perma
ción u
Ra
La
tivo, c
como
en el á
rismo
secreto
del "dr
VIII
10.)
D. Tomc

y de conocedores interesados (a veces mediante grupos de presión organizados) en la etapa de elaboración de las normas y planes proyectados para lograr el "orden social deseable".

La planificación económica es un hecho de nuestro tiempo que supone la adopción de objetivos, programas y proyectos que afectan profundamente la vida de la comunidad y de los individuos y grupos que la integran.

Gordillo aconsejó para proteger preventivamente a los afectados por el plan "reforzar los procedimientos administrativos de protección, incluyendo los procedimientos de audiencias públicas, discusiones, etc., al estilo del procedimiento administrativo de preparación de normas generales", en su artículo sobre aspectos jurídicos del plan.

La planificación económica adquirió rango constitucional mediante previsiones expresas de las Constituciones. La Constitución uruguaya de 1967 previó la existencia de una Oficina de Planeamiento y Presupuesto para asistir al Poder Ejecutivo en la formulación de los planes y programas de desarrollo, con la obligación de formar ("formará") Comisiones Sectoriales en las que deberán estar representados los trabajadores y las empresas públicas y privadas (artículo 230, incisos 4o. y 5o.).

El decreto constitucional No. 3, de 1 de setiembre de 1976, en cambio, volvió facultativa la formación de dichas Comisiones. La nueva "Secretaría de Planeamiento Coordinación y Desarrollo", "podrá formar Comisiones especiales en las que figure eventual representación de los intereses sectoriales" (artículo 4o. inciso 2o.). Este retorno de la garantía de representación de los intereses económicos y sociales es congruente con los cambios notorios de la situación institucional del Uruguay.

El Consejo de la Economía Nacional, previsto en la Constitución desde 1934, como órgano consultivo, integrado por representantes de los intereses económicos y sociales, permanece aún increado (artículos 206 y 207 de la Constitución uruguaya).

Recomendaciones de la ciencia de la administración.

La ciencia de la administración y el derecho administrativo, confieren especial interés a la administración consultiva, como expresión de la penetración democrática y garantista en el ámbito administrativo, dominio tradicional del autoritarismo y de los procedimientos discrecionales, informales y secretos, especialmente en Francia y otros países del sistema del "droit administratif", continental europeo.

VIII. CONCLUSIONES.

1o.) Es recomendable la publicidad previa a las iniciativas

de reglamentos y otros actos de efectos generales, para que los individuos, grupos sociales y entidades públicas, interesados, puedan emitir su opinión, oponer objeciones, sugerir enmiendas o propiciar el rechazo de esas iniciativas, mediante la emisión de pareceres o dictámenes consultivos o por su participación en audiencias, preferiblemente públicas, con toda clase de pruebas y alegatos.

2o.) La planificación económica y la realización de grandes obras públicas, capaces de alterar las condiciones de vida de las poblaciones, requieren, en las democracias contemporáneas, la obtención del consenso popular mediante la libre y pública discusión previa a la toma de decisiones. Los órganos de decisión deben considerar todos los pareceres emitidos y fundar sus opciones.

3o.) Los diversos institutos de participación, ciudadana y social, en la toma de decisiones generales, o de efectos generalizados, son formas de ejercicio democrático de la soberanía popular, en las democracias pluralistas desarrolladas. Dicha participación corrige las imperfecciones de la representatividad política clásica.

4o.) La legitimación para participar en el perfeccionamiento de las iniciativas de creación normativa debe ser amplia, comprensiva de los intereses generales, morales y cívicos, como la preservación del medio ambiente, del paisaje y de la calidad de la vida.

5o.) Deben organizarse medios de control administrativo, político y jurisdiccional, de las decisiones generales, que se muevan de oficio o mediante denuncias de interesados (defensor del pueblo, mediador, delegado parlamentario, Ombudsman, etc.) o mediante acciones populares ante órganos jurisdiccionales independientes, de gran especialización y autoridad.

6o.) La iniciativa popular y el recurso de referéndum, en el ámbito municipal, constituyen formas de participación cívica, educadoras de la ciudadanía, limitantes del autoritarismo burocrático y del arbitrio gubernativo tradicional.

7o.) El perfeccionamiento de los mecanismos administrativos que se relacionan con la vida cotidiana de los vecinos, usuarios de servicios públicos, contribuyentes y consumidores, funcionarios y trabajadores, en general, es un imperativo ineludible del Estado de derecho democrático y social, del presente y del futuro.

Montevideo, 26 de setiembre de 1982.-

ANEXO

LA PARTICIPACION EN FRANCIA

Alain Plantey, autor del conocido tratado de la función pública, escribió un profundo libro "Prospectiva del Estado" que supera el enfoque jurídico, con aportes de la ciencia de la administración, sociología y la futurología.

Se refiere entre otras cosas, a la "asociación del poder"; analiza la participación en la administración y la difusión del diálogo social.

Describe la tendencia de la sociedad francesa a armonizar al poder con el público.

Anotamos que esta tendencia humanista y democrática se acentuó luego por leyes sobre la informática y las libertades, sobre la publicidad de los registros y archivos públicos, especialmente para los interesados, sobre la obligación de fundar los actos administrativos que afectan a alguien y por ley que autoriza la imposición de astreintes a los entes públicos, en caso de resistencia injustificada a ejecutar sentencias.

Contra esta mal endémico no hay remedio en los países sub-desarrollados.

En éstos se suele considerar desacato a la autoridad requerirle o intimarle que cumpla con su deber de ejecutar las sentencias que condenan a la Administración.

Los regímenes de facto o de fuerza no favorecen el imperio del derecho, cuya más alta manifestación es el sometimiento de la administración al Juez y la ejecución de sus mandatos, sin las habituales omisiones, chicanas y alongaderas.

Los franceses han equiparado (mediante las astreintes) la imperatividad de las sentencias, ya sean contra el Estado o contra los particulares. En el Uruguay se tuvo el cuidado de excluir a las personas públicas del régimen de astreintes, como también de la reevaluación. Estas discriminaciones inconstitucionales no favorecen las buenas relaciones de la Administración con el público y hacen perder la fe en la organización judicial y su eficacia.

Es, pues, plausible este regreso de la Administración francesa de sus resabios napoleónicos de sigilo y autoritarismo.

Plantey también vincula el auge de instituciones y prácticas participativas con la crisis de la democracia clásica. Esquemas empíricos pero efectivos encausan la cooperación a través de diversos grados, desde la etapa de requerir información hasta la adopción de la decisión misma por los interesados.

El mejoramiento de las relaciones públicas de la administración con el pueblo, se plantea en el Estado social de derecho como en la empresa privada, que le ha servido de ejemplo y cuyos métodos ha adoptado. Busca mejorar sus relaciones con los usuarios, especialmente, prestando atención a sus deseos y opiniones, brindándoles informaciones y explicaciones, etc. Electricite de France y la Societe Nationales des Ter y otras instituciones como Ministerios, agencias de correos, etc., encaran con sentido comercial su gestión procurando simplificar procedimientos, mejorar los contactos y explicar

su misión, con campañas de información y promoción.

El usuario es tratado como ciudadano y como cliente y no como objeto impersonal del anonimato burocrático. Esto es lo que se busca, aunque no siempre se logre.

Una primera etapa es la información; al ser admitido a comunicar su opinión, el administrado es reconocido como interlocutor.

Para informarle, la administración debe dejar expresarse, a los conocedores e interesados. Plantey aconsejó hacer aún más para facilitar el diálogo, para humanizar las relaciones, para institucionalizar contactos, recibir sugerencias y quejas, conocer las necesidades y dar las explicaciones.

La información es indispensable para la regulación política de la concertación social.

La formación procura elevar el nivel del interlocutor, mediante mecanismos de ayuda a la formación sindical (leyes del 28 de diciembre de 1959 y del 31 de julio de 1960).

La administración consultiva responde también a una necesidad de participación. Existen en Francia muy variados organismos consultivos, algunos de intervención facultativa otros obligatoria, aunque el dictamen conforme no sea requerido.

En la preparación de proyectos, la intervención de cuerpos consultivos con representantes de los interesados facilita su aceptación por las Cámaras. El gobierno francés llegó a comprometerse en 1968, a no presentar leyes sobre los derechos sindicales en la empresa y sobre las convenciones colectivas, sin antes consultar las organizaciones sindicales.

En el estatuto general de los funcionarios se establecen contactos entre las autoridades y los representantes de los agentes hasta para la organización del servicio. Comisiones paritarias limitan el poder jerárquico.

A menudo intervienen los particulares en los órganos de consulta. Plantey considera que la mayoría de las veces los consejos consultivos realizan una forma muy completa de participación.

La concertación es una etapa más elaborada de este proceso, es una verdadera asociación de particulares y del Estado, que logran coincidir en actitudes e intervenciones para realizar las decisiones convenidas. La programación de muchas actividades industriales se realiza por concertación entre la autoridad pública y grupos de productores.

La negociación y el contrato.

Muchas medidas de carácter social toman forma contractual, como el régimen de las convenciones colectivas, el procedimiento de la huelga y la solución de los conflictos de trabajo.

La regulación de los precios que ha detenido sus alzas, ha sido el resultado de contratos suscritos entre el ministerio de finanzas y las profesiones interesadas: surgió una política de estabilidad, provista de cláusulas de reajuste o de salvaguardia. El poder público es llevado a negociar con cada vez mayor frecuencia.

Participación en la gestión.

La asociación de particulares a la gestión de instituciones y establecimientos públicos no es nueva, pero se expandió con la de las sociales del Estado.

En el sector social, asignaciones familiares, seguridad social, formación profesional, etc., actúan en forma paritaria empleadores y asalariados, bajo la tutela del Estado.

En numerosos establecimientos públicos el Consejo se integra con representantes del Estado, de los usuarios y el

personal. Esto lleva a un reparto de autoridad.

Por fin la transferencia de responsabilidad suele ser el resultado final de la participación. En la administración francesa un número creciente de actividades públicas escapa a las estructuras tradicionales. Los comités de organización, actuantes durante la guerra, las órdenes profesionales como las de abogados, tienen potestades de derecho público.

En síntesis concluye Plantey que la extensión del diálogo social se volverá una condición de la armonía y la paz pública.

----- 0 0 0 -----