

# Artículos

## *La Participación Ciudadana en la Elaboración de Actos Generales*

Rafael J. Chavero Gazdik  
*Profesor de la Escuela de Derecho de la  
UCAB y UCV*

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA FORMACIÓN DE ACTOS GENERALES
- III. DE NUEVO EL DEBATE. LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA HACIA EL EJECUTIVO vs. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA (TURNING BACK THE LEGAL CLOCK?)
- IV. JUSTIFICACIÓN PARA LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE ACTOS GENERALES
- V. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL MODO DE PARTICIPACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA ELABORAR ACTOS GENERALES
- VI. ALGUNOS AVANCES LEGISLATIVOS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN
- VII. BIBLIOGRAFÍA

### I. INTRODUCCIÓN

El debate literario referente al funcionamiento de las democracias actuales ha estado constantemente presente en la pluma de abogados y politólogos. Especialmente, sobre la tensión entre la democracia participativa y la democracia representativa o de “élites”, existen excelentes documentos elaborados por adalides investigadores de las ciencias sociales.

Lógicamente, el presente trabajo no busca agotar la discusión, ni siquiera intentará revisar todos los datos o argumentos —bastante amplios y complejos, por cierto— que sostienen una u otra tesis. Bástenos con ingresar al debate sencillamente para exponer algunas características del sistema jurídico-administrativo venezolano, que nos pueden llevar a la conclusión de propugnar una mayor dosis de participación ciudadana en la toma de decisiones de los asuntos de gobierno. Es decir, trataremos de responder a la interrogante de si es conveniente o no la inclusión —por vía jurisprudencial o de reforma legislativa— de un procedimiento para elaborar normas de carácter general.

Nos servirá para resaltar nuestra experiencia una reciente contienda académica entre los partidarios de la *new right* norteamericana (encabezada por los Magistrados de la Corte Suprema Norteamericana Scalia y Rehnquist) y la doctrina —que pudiéramos denominar— del control judicial pleno (defendida básicamente por Schwartz), contienda que ha sido exportada a España, donde la han hecho suya autores del más alto nivel dentro del Derecho Público, como son Parejo Alfonso y García de Enterría. De manera que, más que una solución, lo que se pretende es una reflexión sobre un particular sistema de elaboración de decisiones de carácter general por parte de la Administración Pública venezolana. Por ello, hacemos nuestra aquella frase de Hegel: “Los que luchan están abrazados”, para tratar de significar nuestro respeto por un tema tan complejo y por una doctrina tan pródiga que siempre ha buscado mejorar el sistema democrático.

De manera que, el eje central de este estudio tratará de apuntar hacia la experiencia venezolana sobre la democracia de élite o representativa, en contraposición a la participativa,

con la finalidad de tratar de demostrar que la eficiencia de la Administración bajo este sistema participativo no ha sido mucha, a pesar de la ausencia de participación ciudadana en la toma de decisiones, motivada, principalmente, por la herencia —aún latente— del Pacto de Punto Fijo. Concretamente, nos detendremos en analizar tan solo una de las prerrogativas del Gobierno, su potestad normativa, pues a pesar de que el sustancioso debate entre la doctrina de la deferencia hacia el Ejecutivo vs. la participación ciudadana pudiera llevarnos a emprender también el estudio del control de los actos discrecionales, nos estaríamos extendiendo más de lo deseado y, seguramente, no abarcaríamos, ni remotamente, el abanico de argumentos y contrargumentos manejados por ambas escuelas.

Básicamente nos llama la atención que en el contexto de nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se obvió totalmente el procedimiento para la formación de los actos administrativos de efectos generales, pues esta Ley —salvo en el caso de la legitimación (artículo 22)— parece ignorar la existencia de actos administrativos de contenido normativo o los dirigidos a un número indeterminado de personas. De esta forma, en nuestra práctica administrativa los únicos actos que vienen precedidos de un procedimiento constitutivo y de la participación de los interesados, son los actos administrativos de efectos particulares. Es decir, se puede afirmar que, en este sentido, Venezuela es fiel seguidora del sistema democrático representativo, al disfrutar de una completa libertad para dictar normas o disposiciones generales, sin necesidad de convocar a los destinatarios de tales normas.

Y más sorprende si se toma en consideración que la fuente directa de nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Ley de Procedimientos española de 1958, dedica cuatro artículos (del 129 al 132)<sup>1</sup> al procedimiento para la elaboración de actos administrativos generales. Igualmente, la doctrina ha estado sumisa y conforme con esta inadvertencia, y la razón puede atribuirse a la falta de conciencia de una sociedad realmente preocupada por una democracia participativa, que obligue al Gobierno a permanecer en contacto con los administrados, y debido a que las precarias disposiciones que invitan a participar, son constantemente desatendidas.<sup>2</sup>

No puede negarse que el sistema democrático venezolano se ha mantenido lo suficientemente alejado del ciudadano y que las organizaciones representativas de intereses comunes han estado distantes de la toma de decisiones políticas o administrativas, quizás con la justificación de que vivimos bajo una precaria democracia

---

<sup>1</sup>. Estos artículos no han sido derogados por la reciente Ley 30/1992 del 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Más bien esta Ley intensifica la participación de los interesados en los procedimientos administrativos al señalar en el artículo 86 lo siguiente: "Información Pública. 1. El órgano a quien corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá acordar un período de información pública. 2. A tal efecto, se anunciará en el "Boletín Oficial del Estado", de la Comunidad Autónoma, o en el de la Provincia respectiva, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se acuerde. El anuncio señalará el lugar de exhibición y determinará el plazo para formular alegaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a veinte días. 3. La incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento. La comparecencia en este trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado. No obstante quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales. 4. Conforme a lo dispuesto en las Leyes, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones y actos administrativos".

<sup>2</sup>. Sobre el análisis de la democracia venezolana, puede consultarse Rey, Juan Carlos, *Ideología y cultura política: el caso del populismo latinoamericano*, Politeia, N° 5, 1976.

representativa, la cual parece agotarse con el ejercicio del sufragio.<sup>3</sup> Así lo denunciaba Area, al señalar que “la democracia venezolana sigue siendo un sistema político poco participativo (en el sentido clásico de la democracia), y poco eficiente en el logro de los objetivos sociales y económicos que se ha propuesto. Lo que sí ha logrado es evitar, a pesar de lo dicho, su parálisis y no sólo por sus bondades sino además por la falta de capacidad y acierto político de aquellos que pretenden reformarla o estructurarla en base a nuevos principios”.<sup>4</sup>

Este régimen de la democracia de “élites” —ya en decadencia según nos lo apunta Rey, en el trabajo antes citado— lo conceptualizaba Lord Brougham señalando que la esencia de la representación “consiste en que el pueblo debe renunciar a su poder y entregarlo, por un tiempo, a un diputado elegido popularmente. Es éste quien debe realizar aquellas tareas gubernativas, que si no fuera por esa transferencia, debería realizarlo el pueblo mismo. No se da representación donde los constituyentes retienen el control para actuar por sí mismos. Pueden comunicarse con su delegado... pero es él quien debe actuar por ellos, no ellos mismos”. Por su parte, Montesquieu justificaba esta democracia representativa señalando que el pueblo no tiene la preparación suficiente para poder decidir en detalle los problemas que plantea el gobierno de un Estado.<sup>5</sup>

El principio de la representación en los sistemas democráticos era también expuesto por García Pelayo de la siguiente forma:

“Una de las funciones capitales de la representación es la legitimación del Poder Público. En una democracia, los titulares del Poder Público son legítimos en cuanto que representantes de la nación. Por consiguiente, y en principio, todos los que poseen poder público son representantes de la nación o del pueblo, y su poder es legítimo en tanto se mantenga y actúe con arreglo y dentro de los límites y del sentido de tal representación”.<sup>6</sup>

Igualmente, Area, al sintetizar la posición elitista, señala como sus principales planteamientos los siguientes:

1. A mayor complejidad social, están dadas las condiciones de ineptitud de la masa.
2. Se hace necesaria la intervención de la élite política para poner en funcionamiento un modelo de desarrollo racional y que, basándose en la eficacia y en la eficiencia de las acciones, logre los objetivos de las élites dominantes.
3. En este sentido los modelos de toma de decisión se ubican en la cúspide del aparato estatal.
4. Y utilizan un aparato burocrático pretendidamente neutro y racional.

---

3. Y fíjese que lo que parece ser el único sustento de la democracia representativa ha estado últimamente bastante cuestionado. En este sentido, Rey, afirma que “la más grave crisis que está actualmente planteada es la falta de credibilidad de los mecanismos electorales como instrumentos capaces de satisfacer las preferencias de los votantes, lo cual implica el cuestionamiento de una de las pocas bases de justificación que le quedaban a la democracia representativa. Están en crisis, también los pilares básicos que sirvieron de sustento e hicieron posible el mantenimiento de la democracia representativa en la moderna sociedad de masas: los partidos políticos y el Estado de bienestar Keynesiano”. Rey, Juan Carlos, Apogeo y decadencia de la democracia representativa, en América Latina Alternativas para la democracia, Monte Avila Editores, Caracas, 1992. También García de Enterría ha puesto de manifiesto el problema de la democracia representativa, agregando al problema electoral, el no menos inconveniente del clientelismo o nepotismo político. García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

4. Area, Leandro, Los procesos de Decisión Política, Elementos teóricos para su estudio, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.

5. Véase, Ayala Corao, Carlos M. “La democracia venezolana frente a la participación política”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 16*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

6. García Pelayo, Manuel, Obras Completas, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 374.

Por tanto, el modelo elitista —en palabras de este autor— centra su objetivo en la eficacia de las acciones frente al concepto de toma de decisiones como proceso deliberativo y de participación en busca del interés público concebido en dos dimensiones: de acuerdo con los fines y con los medios.<sup>7</sup>

Pero en los sistemas modernos<sup>8</sup> este tipo de democracia elitista encuentra oposición en los que propugnan sistemas participativos, los cuales consisten en lograr una mayor contribución de los ciudadanos que haga posible un proceso más flexible en la toma de decisiones en los asuntos públicos o de gobierno.<sup>9</sup> Sin embargo, debe destacarse desde ya, que el problema de la ausencia de participación en el procedimiento administrativo para la elaboración de los actos administrativos de efectos generales no es solamente un problema de participación, sino además —y quizás lo más importante— es un asunto que tiene que ver con la eficacia y contenido técnico de las decisiones, pues sin mayor esfuerzo puede comprenderse que una resolución administrativa que venga precedida de toda una serie de sugerencias, recomendaciones y críticas aportadas por organismos, asociaciones o incluso particulares especialistas, debe ser mucho más lógica y eficiente.

Son muchas las demandas de participación que se han exigido recientemente en nuestro país, que por cierto se ha quedado en la cola de las reformas constitucionales y legislativas.<sup>10</sup> Y no se trata de volver al sistema democrático—participativo diseñado para la antigua Grecia<sup>11</sup>, pero sí incluir algunos mecanismos que busquen desplazar la discusión de los problemas de interés general del centro a la periferia, permitiendo que las pequeñas unidades, como pueden ser las asociaciones de vecinos u otras corporaciones, puedan colaborar en la toma de decisiones colectivas.

Ante esta realidad incuestionable, el derecho comparado —y aún Venezuela, pero de forma mucho más tímida— comenzó a consagrar un sistema de participación procedimental en materias de administración del territorio: urbanismo, expropiación forzosa, protección del ambiente, etc., para luego ir extendiendo estos principios a la mayor parte de la actividad normativa de la Administración. Sin embargo, nuestra doctrina y jurisprudencia permanecen todavía perplejas ante esta situación, y continuamos sumisos a nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual solamente regula la intervención de los interesados cuyos derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos puedan verse cuestionados.

Es decir, en la legislación delegada (al Gobierno, lógicamente) venezolana, hemos esquivado lo que Barragán denomina la “legislación directa”, que consiste en entender a la

7. Area, Leandro, op. cit, pág. 96.

8. Se dice que es un sistema moderno o contemporáneo debido a que durante el siglo XIX —y con más razón mucho antes— la participación ciudadana en la vida administrativa era casi inexistente. Como lo afirma García De Enterría “la Administración era un atributo personal del Príncipe y como tal estaba rigurosamente *separada* de la sociedad cuyo gobierno tiene por misión”. Véase, García De Enterría, Eduardo, “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida Administrativa”, en el *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*, Madrid, 1989, pág. 442.

9. Para una revisión de las recientes reformas en las Constituciones Latinoamericanas, en materia de participación puede consultarse Contreras, José Gregorio, La democracia participativa en el constitucionalismo latinoamericano, en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, Vol. I, Panapo, Caracas, 1996, pág. 245 y ss.

10. En un reciente documento elaborado por la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE) se advirtió que “el Estado debe apoyar activamente el fortalecimiento de la sociedad civil y promover la participación ciudadana con el fin de impulsar modelos de cooperación social. De hecho el proceso de descentralización tiene entre sus fundamentos la ampliación de la democracia a través de una articulación más efectiva entre el ciudadano y la estructura de poder del Estado”.

11. La participación del individuo en la actividad política se remonta al siglo cuatro antes de Cristo, cuando Aristóteles le recordaba a la comunidad de Atenas que para poder desarrollar una vida virtuosa dentro de la polis, era absolutamente necesario ejercer el conocimiento de *phronesis*, que sólo se podía ejecutar por medio del praxis. La idea del praxis no es más que la participación del individuo dentro de la actividad política.

voluntad popular, no sólo como la facultad de escoger a nuestros representantes —derecho al sufragio—, “sino también para determinar lo más cercanamente posible los contenidos de la legislación, evitando de este modo las incongruencias que se puedan derivar de las mediaciones”.<sup>12</sup>

Todas estas consideraciones adquieren particular relevancia si nos percatamos que las autoridades ejecutivas detentan una amplia potestad para dictar normas susceptibles de afectar los derechos e intereses de los particulares, y por tanto, se requiere darle una mayor legitimidad a las decisiones de carácter general asumidas por estos órganos. Cabría preguntarnos por un instante ¿por qué canal misterioso ha de entenderse que todos y cada uno de los actos generales de la Administración han quedado consentidos de antemano, en su globalidad? ¿quien votó por el Presidente del Consejo de la Judicatura o por el Superintendente de Bancos y Otras Instituciones Financieras? ¿No se justifica, entonces, —dentro de un sistema democrático—, que los destinatarios de actos de contenido general puedan —al menos— manifestar sus inquietudes y presentar algunas consideraciones? Como cualquier otro administrador de lo ajeno, los gobernantes deben rendir cuentas, esto es evidente.

También resulta propicio destacar en las siguientes líneas la aplicación directa y preferente de los derechos constitucionales de participación y defensa sobre la presunta prerrogativa legislativa que le permite a los órganos del Poder Público dictar normas de vinculación general a espaldas de los interesados o destinatarios de las mismas, de manera de buscar una salida constitucional (sin necesidad de reformas legislativas) a nuestra actual forma de gobierno representativo. Además, intentaremos encontrar la justificación de esta participación y sus principales inconvenientes. Para ello utilizamos la experiencia norteamericana, la cual ha manejado con notable eficiencia este problema.

Igualmente, requiere alguna atención los avances legislativos que ha mostrado nuestro país, en lo referente a la participación ciudadana —y sobre todo la vecinal—, en la elaboración de los planes de ordenación del territorio, en los planes de ordenamiento local y en la elaboración y reconsideración de ordenanzas municipales.

## II. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA FORMACIÓN DE ACTOS GENERALES

Como se ha indicado, en Venezuela no existe ninguna disposición que se refiera al procedimiento para la elaboración de los Reglamentos ni demás actos de efectos generales, como en efecto existe para la emanación de actos administrativos individuales en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Resulta evidente que una reforma legislativa que atienda a incentivar la participación ciudadana en los procedimientos administrativos para elaborar actos normativos es bastante improbable. Y decimos esto debido a que parece importarle poco al propio Gobierno limitar esa amplia y cómoda facultad legislativa que tiene atribuida.

Por ello pensamos que la jurisprudencia podría servir de trampolín para impulsar las reformas legislativas que el nuevo sistema democrático representativo parece exigir.<sup>13</sup> Por tanto, creemos que las decisiones de nuestros tribunales contencioso-

---

12. Barragan, Julia, *Cómo se hacen las leyes*, Técnica Planeta, Caracas, 1994.

13. Así sucedió en los Estados Unidos, donde con anterioridad a la promulgación de la *Administrative Procedure Act* de 1946, ya la jurisprudencia había exigido la discusión de los asuntos públicos con la colectividad (*hearings*) antes de sancionar las normas reglamentarias. Esta situación hizo que las agencias administrativas comenzaran a mantener consultas más o menos informales antes de promulgar actos de contenido normativo, especialmente, en los asuntos delicados (bancarios, económicos, etc.). En este sentido destacaba Fusch (1938), que “pocas agencias administrativas titulares de potestad reglamentaria cuya acción afecta a grupos organizados, especialmente económicos, dejan de

administrativos pueden ir creando una conciencia participativa dentro del funcionamiento de la actividad administrativa. De seguidas pasamos a analizar algunas exigencias constitucionales que permitirían —sin necesidad de reformas legislativas— ir requiriendo audiencia previa de los destinatarios de la norma, antes de proceder a su promulgación, pues es evidente que el éxito en los fines de la Administración no depende de sus posibilidades de expedir normas obligatorias, sino de que éstas sean conocidas y aceptadas por los destinatarios, que se comprometan con ellas, para así acercarse al resultado deseado.

Ya hemos expuesto que la ausencia de disposiciones legales que regulen ciertos trámites esenciales que deben cumplir los órganos del Poder Público para la elaboración de normas no puede contrariar *el derecho a la participación ciudadana y a la defensa o al debido proceso*, los cuales indudablemente son derechos de aplicación inmediata y, por tanto, vinculan toda la actuación de los órganos del Poder Público. Pues es incuestionable que la Constitución es una ley suprema que debe orientar todos los actos dictados en ejecución de ésta. El carácter normativo y vinculante del Texto Fundamental lo puso de relieve, en forma bastante ilustrativa, una decisión dictada por la Corte Suprema norteamericana en el caso: *Trop vs. Dulles* en el año de 1958, al señalar lo siguiente:

“Las disposiciones de la Constitución no son adagios trillados ni contraseñas vacías. Son principios vitales y vivos que autorizan y limitan los poderes gubernamentales en nuestra Nación. Son normas de Gobierno. Cuando se cuestiona ante este Tribunal la constitucionalidad de una ley del Congreso, debemos aplicar dichas normas. De lo contrario, los términos de la Constitución se convertirían en poco más que buenas intenciones”.

Es por ello, que el carácter normativo de la Constitución tiende a la vinculación directa de todos los ciudadanos y órganos del Poder Público, y todas las acciones de éstos órganos deben atender a los principios constitucionales.<sup>14</sup> De esta forma, aun cuando la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no haga referencia a la participación ciudadana en la formación de actos administrativos generales, no quiere decir que ésta se vea eximida de permitir el acceso democrático a la toma de decisiones. Veamos por separado cada una de las normas constitucionales que permiten concluir que los particulares tienen el legítimo derecho a formular sus inquietudes en el proceso de constitución de actos de contenido normativo o aquellos dirigidos a un número indeterminado de personas y con carácter permanente dentro del ordenamiento jurídico.

#### 1. *El derecho a la participación.*

Difícilmente puede negarse que el derecho a la participación es una garantía inherente a la persona humana, y por tanto constitucionalizada por la cláusula abierta a los derechos del hombre establecida en el artículo 50 de nuestra Ley Fundamental. Además, ese derecho a la participación ciudadana puede desprenderse de los artículos 3°, 4° y 114 de nuestro Texto Fundamental.

En todo caso, ese derecho a la participación se encuentra expresamente consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20), y en la Convención Americana de Dere-

---

mantener contactos bastantes regulares con ellos. (Fuchs, Ralph, F. “*Procedure in Administrative Rulemaking*, *Harvard Law Review*, vol. 52, pág. 263-264).

14. Sobre el carácter vinculante de las normas constitucionales, véase un excelente estudio realizado por Brewer-Carias, Allan R., “Justicia Constitucional”, en el *documento preparado para el encuentro sobre Derecho Iberoamericano (Derecho Público)*, Toledo, 1994. En el mismo sentido García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1983.

chos Humanos (artículo 23). Estos convenios o declaraciones formales de derecho han sido ratificadas por Venezuela y, en consecuencia, *han pasado a formar parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico*.<sup>15</sup>

Pero para alejar todo tipo de dudas sobre la participación ciudadana como derecho fundamental, vale la pena citar una reciente decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de fecha 5 de diciembre de 1996, en el caso de la impugnación de la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, donde se señaló lo siguiente:

“La participación en los asuntos públicos se considera hoy día como *un principio constitucional en la defensa de un interés general*, de la comunidad, lo que permite una ósmosis recíproca entre el Estado y la sociedad y una reafirmación de la legitimidad del Poder Público. La participación ciudadana en la formación de una ley por enjuiciamiento y valoración, antes de su aprobación, permite descubrir los intereses generales de la comunidad y verificar la real respuesta a sus aspiraciones, así como el eficiente cumplimiento a posteriori de su finalidad (la ley, el derecho, pertenecen al mundo del derecho). La acción unilateral legislativa se justifica en la formalidad de su elaboración mas no en su contenido en cuanto a los intereses sociales y públicos. Es entonces a través de la consulta popular en la formación de la ley (sustanciación del procedimiento mediante mecanismos consultivos formales, e informativos) —como lo exige el caso subjudice—, que *el derecho a la participación política se verifica*”. (Subrayado añadido).

El derecho constitucional a la participación en la actividad normativa de los órganos del Poder Público debe orientar un modelo participativo de democracia que coloque al ciudadano y al administrado como miembros activos de la comunidad para la defensa de sus intereses. La participación de éstos atiende, según lo afirma García de Enterría, a la intención de incluir “en las decisiones o actuaciones de la Administración las referencias al interés general que los ciudadanos en directa relación con él pueden hacer valer, un interés general que no ponga en cuestión el ya valorado en la Ley de cuya aplicación se trata (por eso no estamos en presencia de una democracia política alternativa o correctora de la que se expresa en la formación de la Ley), pero que es muy importante tener en cuenta precisamente en la fase de esa aplicación, *de modo que su realidad y sus exigencias no sean sustituidas por las simples opiniones personales de los funcionarios*”.<sup>16</sup>

Pues, como afirma Barragán: “Difícilmente hoy se aceptaría que la sola autoridad de quien elabora las normas constituye una justificación aceptable, y ni siquiera el hecho de que la cadena de legalidad haya sido cuidadosamente respetada tanto en la elección de los representantes como en los procedimientos de producción de ley misma constituye base suficiente para sostener las decisiones legislativas”.<sup>17</sup>

La participación ciudadana —en palabras Díez Sánchez— es un instituto cuya finalidad es eliminar o contribuir a eliminar la separación entre el Estado y la sociedad. A corregir las deficiencias e insuficiencias de la democracia representativa, cuyo contenido comienza y termina en la elección del poder legislativo y ejecutivo. A controlar la gestión y la eficacia del aparato administrativo en el servicio del interés

15. Véase en este sentido, Ayala Corao, Carlos M., “Consideraciones sobre el desarrollo legislativo inadecuado de derechos y garantías constitucionales”, en el libro *Constitución y Reforma, Un proyecto de Estado social y democrático de derecho*, Comisión Presidencial para la reforma del Estado, Caracas, 1991, pág. 255 y ss.

16. García de Enterría, Eduardo, “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida Administrativa”, en el *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*, Madrid, 1989, pág. 442

17. Barragan, Julia, *Cómo se hacen las leyes*, op. cit. pág. 88 y 89.

general, pero dotado de poderes excepcionales que siempre se legitiman por esa finalidad o por su conexión con el poder legislativo y, en definitiva, a privar a la Administración pública del monopolio de la definición del interés público.<sup>18</sup>

Un sistema participativo en la actividad normativa de la Administración es entonces impostergable. El antiguo régimen de la democracia representativa ha cedido ya ante la implacable necesidad de la colaboración ciudadana. En este sentido, resultan muy ilustrativas las palabras de Sánchez Morón al señalar lo siguiente:

“Algo sucede con el concepto de participación. Originariamente nace como un intento de superación de la degeneración formalista de la democracia de masas, luego lleva a un nuevo autoritarismo burocrático contra el que el constitucionalismo y la defensa de la libertad individual ofrecen escaso remedio. Se propone con diversa matizaciones y con distinto grado de maduración teórica la superación de ese nuevo autoritarismo mediante la prolongación de la representación política a otros ámbitos del aparato institucional. No basta la mera participación parlamentaria o en la Administración local. Es necesario introducir la democracia en el seno de la sociedad del capitalismo monopolista, principalmente, por tanto, en la Administración pública y en la empresa. Esta sería una primera aproximación al concepto de participación. En este sentido se habla de democracia participativa como superación de la democracia representativa. La idea de participación nace, pues, como reivindicación antiburocrática y como bandera política de una nueva izquierda anticapitalista y antiestalinista”.<sup>19</sup>

En otros ordenamientos jurídicos no se discute la necesidad de la participación de los destinatarios del acto general, quizás por tener un modelo de democracia mucho más efectivo que el nuestro. En los Estados Unidos, por ejemplo, desde comienzos del presente siglo se había abierto la intervención de los ciudadanos —a través de consultas informales, verbales o escritas— en la actividad reglamentaria de las agencias administrativas, y, posteriormente, desde 1946, con la promulgación de la *Administrative Procedure Act* se legalizó el procedimiento que ha de preceder a la aprobación de las normas reglamentarias o de contenido general. Ese proceso básicamente consiste en la publicación del proyecto de reglamento o del acto de contenido normativo (*rule*) en el *Federal Register*, a los efectos de permitir su conocimiento a todos los posibles interesados. En lo sucesivo, tal participación dejó de estar deferida a la buena voluntad de las agencias administrativas y, por el contrario, se convirtió en el principio capital de esa Ley de Procedimientos.

Si bien actualmente en los Estados Unidos de América —tal y como se indicará más adelante— el procedimiento estricto o formal para dictar los actos de contenido normativo ha quedado en desuso, el procedimiento informal permanece aun vigente, y constituye en palabras del administrativista norteamericano Davis “una de las más grandes invenciones del Estado moderno”.<sup>20</sup>

De igual forma, la jurisprudencia española se ha mostrado inclinada a garantizar la participación ciudadana en los actos de contenido normativo, justificando esos trámites en la necesidad de que sirvan de medio “tanto para el mejor conocimiento de la realidad y de las necesidades sociales de que las autoridades han de partir para hacer eficaz su gestión, como para arraigar a los fríos aparatos administrativos en el medio social y extraer de ese arraigo un verdadero y necesario suplemento de legitimación de la acción pública” (sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 11 de julio de 1986).

De allí, que el derecho a la participación ciudadana en la actividad administrativa debe cubrir el silencio de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Es a la

18. Díez Sánchez, Juan José, “*El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*”, Civitas, Madrid, 1992.

19. Sánchez Morón, Miguel, “*La participación del ciudadano en la Administración Pública*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

20. Davis, Kenneth, “*Administrative Law Treatise*”, 1970 Supplement, West Publishing Co., Minnesota, 1971.



jurisprudencia a la que le toca reconocer el respeto de los derechos y garantías fundamentales establecidos en nuestra Constitución, exigiendo —aun cuando sea de la manera más informal— la divulgación de los proyectos de actos de contenido general para que los destinatarios de los mismos presenten las consideraciones respectivas. Quizás a partir de la decisión de la Corte en Pleno del 5 de diciembre de 1996, anteriormente citada, la jurisprudencia asuma un papel más valiente e innovador.

Y conviene distinguir que el concepto de participación es distinto, por su amplitud, al concepto de legitimación. Este último se limita a considerar al administrado como un individuo directamente afectado por la actuación administrativa en sus derechos e intereses personales (relaciones bilaterales: procedimientos iniciados de oficio o los iniciados a instancia de los particulares), prescindiendo de las consecuencias que ello produzca en los demás. Pero el concepto de participación ciudadana se asienta en la consideración del individuo como administrado, también afectado por la actuación administrativa, pero en este caso en cuanto aquélla incide en el interés general o en la legalidad, en cuanto patrimonios de toda la sociedad y de cada uno de sus ciudadanos individualmente considerados. En este caso su intervención —y estas son palabras de Díez Sánchez— es igualmente individual, pero haciendo valer o defendiendo intereses sociales, ya sean generales en sentido estricto o reducidos a determinados círculos o ámbitos sociales (asociaciones de consumidores, gremios profesionales, fundaciones, universidades, asociaciones civiles, etc.).<sup>21</sup> Estos dos conceptos no pueden excluirse, pues son distintos en su alcance y contenido, siendo que el derecho de participación tiene un origen más reciente, cuando se considera al Estado como un Estado social y de derecho y persiguiendo objetivos más profundos que los angostos senderos de la legitimación individual concreta.

Sin embargo, es necesario advertir —siguiendo a Papini— que la participación es un fenómeno nuevo en la vida de la democracia, por lo tanto, debe estar acompañada del desarrollo de una conciencia cívica, de una educación para el desarrollo de la cultura política, además de una renovación de los tradicionales, pero necesarios partidos políticos (los cuales deben transformarse de máquina para la conquista del poder en servidores para el conjunto de la sociedad). Todo esto pasa por la adaptación de las instituciones a la exigencia de una mayor democracia, es decir, a esta nueva forma de expresión política.<sup>22</sup>

En el mismo sentido, ha afirmado Rezsóhazy que “más allá de la redacción juiciosa de la Constitución o de los estatutos que reglamentan la participación, hay algo todavía más importante: el espíritu de los miembros que vivifica o condena la participación. Es de él que depende por último el funcionamiento diario de la organización. Si podemos decir que para pintar un cuadro hermoso necesitamos pintura, un pincel, un lienzo y...mucho talento, asimismo, podemos decir que para tener la democracia necesitamos una buena Constitución, buenos estatutos y... necesitamos demócratas”.<sup>23</sup>

Pero lo cierto es que los demócratas no nacen de la nada, se crean con incesantes estímulos, y para llegar a obtener una comunidad cívica —en los términos expuestos por Putnam— se requiere “una participación activa en los asuntos públicos”.<sup>24</sup>

21. Díez Sánchez, Juan José, Op. Cit., pág. 154 y ss.

22. Papini, Roberto, *La participación Des Citoyens su Pouvoir Politique*, Centre international démocrate Chrétien d'information et de documentation Cahiers N° 6, Rome, 1971. Véase también CONTRERAS, José Gregorio, “La democracia Participativa en el Constitucionalismo Moderno”, en el trabajo presentado para el *IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1995.

23. Rezsóhazy, Rudolf, *Sociedad comunitaria y participación*, Editorial Ateneos de Caracas, Caracas, 1979.

24. Putnam, Robert D., *Para hacer que la democracia funcione*, Editorial Galac, Caracas, 1993, pág. 107.

## 2. *El derecho a la defensa*

Se ha afirmado que el derecho a la defensa es “tan viejo como el mundo”<sup>25</sup>, y su formulación jurisprudencial histórica se suele ubicar en una sentencia dictada por una Corte inglesa recaída en la famoso *Dr. Bentley’s Case*, en la cual se resolvió que el Chanciller de la Universidad de Cambridge, el Dr. Bentley, no podía haber sido desprovisto de sus títulos o grados académicos, sin habersele informado previamente de los cargos formulados en su contra y sin habersele dado la oportunidad de responderlos.<sup>26</sup>

Pues bien, el artículo 68 de nuestra Constitución establece que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso, lo que ha sido interpretado por jurisprudencia reiterada de nuestro más Alto Tribunal en su forma más amplia, al extender el debido derecho a ser oído, presentar alegatos, refutar las argumentaciones contrarias, promover y evacuar las pruebas pertinentes “tanto en el procedimiento constitutivo del acto administrativo como a los recursos internos consagrados por la Ley para depurar aquel”.<sup>27</sup>

La Administración, entonces, está en la obligación de comunicar a los interesados la apertura de un procedimiento administrativo antes de emitir su opinión, así se trate de actos con contenido normativo, para que previamente a la emisión del acto definitivo, las partes puedan tener acceso al expediente y aportar sus opiniones. Así lo ha establecido la Sala Político-Administrativa, entre tantas decisiones, en la del 17.11.83, al señalar lo siguiente:

“El derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se imputan, las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho de defensa es equiparable a lo que en otros Estados ha sido llamado como el principio al debido proceso”.

En efecto, este derecho al debido proceso ha sido reconocido, incluso en los países donde no existen declaraciones formales de los derechos fundamentales, como sucede en el caso de Inglaterra, donde a pesar de esta deficiencia, la jurisprudencia ha considerado la garantía de un juicio justo como implícita en la *natural justice*. En efecto, en la decisión dictada por la Cámara de los Lores en 1.963, recaída en el conocido caso *Ridge vs. Daldwin*, se estableció lo siguiente:

“Está también establecido como requisito esencial de la Justicia Natural, como mínimo antes de una persona ser condenada, ésta debe tener la oportunidad de defenderse y conocer los cargos o alegatos que operen en su contra y así poder responder a ellos expresando de esta manera, cualquier sugerencia en su favor...El factor clave es que la decisión administrativa en disputa, hizo uso del poder de decidir acerca de derechos privados sin la preexistencia de un proceso justo, donde se escuchara al particular afectado por la medida en cuestión”.

25. Stassinopoulos, Michael, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, París, 1976, pág. 50.

26. Véase Brewer-Carias, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1990. El texto de la sentencia afirmaba que: “The objection for want of notice can never be got over. The laws of God and men both give the party an opportunity to make his defence, if he has any. I remember to have heard it observed an occasion, that even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence, 'Adam (says God) where are thou? Hast thou not eaten of the tree whereof I commanded thee that thou shuldest not eat? And the same question was put to Eve also”.

27. Véase, sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 08.05.91, caso: “Ganadería El Cantón”.

Igualmente, pero ya en los Estados Unidos de América, la Suprema Corte de ese país en el caso: *Earle vs. McVeigh*, sostuvo que “ninguna persona puede ser perjudicada en su vida, libertad o propiedad sin la oportunidad de ser oído en defensa de sus derechos”.<sup>28</sup>

Por su parte, ha señalado el Tribunal Supremo español en sentencia del 25 de octubre de 1976, refiriéndose al alcance del derecho a la defensa en los procedimientos administrativos sancionatorios, lo siguiente:

“...de inexcusable observancia, ha sido calificado por nuestro Tribunal Supremo como principio de ética jurídica, garantía de ecuanimidad y acierto en la resolución, necesario y de ineludible cumplimiento para la Administración, trámite sustancial y fundamental o principio general del Derecho consagrado en nuestras leyes, cuyo incumplimiento implica vicio de nulidad, sin que pueda subsanarse tal defecto por la circunstancia de que ejerciten el derecho de impugnación, porque la audiencia al interesado debe preceder a la resolución del expediente en primera instancia”.

En análogo sentido, agrega la decisión dictada por ese mismo Tribunal en sentencia 25 de enero de 1984, que:

“La omisión del trámite de audiencia a los interesados, ha de recordarse, en primer lugar, la importancia que tiene el procedimiento administrativo como cauce insoslayable para la emanación de los actos administrativos, importancia que obedece, de una parte, a la necesidad de lograr la eficacia de la actuación administrativa y, de otra, y este aspecto es el que ahora ha de subrayarse, a la procedencia típica del Estado de Derecho, de proporcionar la garantía adecuada a los derechos de los administrados; y así, el procedimiento administrativo no es sólo una exigencia legal, sino también constitucional, de donde deriva *el carácter de orden público de las normas reguladoras de dicho procedimiento y la posibilidad de que los tribunales, aun de oficio, puedan declarar la nulidad o anular las actuaciones administrativas cuando infrinjan trámites esenciales del procedimiento*”.

A lo que se puede agregar, además, la afirmación realizada por el jurista argentino Agustín Gordillo al señalar que:

“El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar, no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión”.<sup>29</sup>

Pero por ningún lado nuestra Constitución señala que este sagrado derecho constitucional a la defensa debe garantizarse sólo y exclusivamente en los procedimientos para emitir actos de efectos particulares, de modo que no entendemos el por qué simplemente se ha obviado este derecho fundamental en los procedimientos para emitir actos de aplicación general. Pensamos que no debe existir distinción alguna y que, por tanto, para elaborar actos de contenido normativo o dirigidos a un número indeterminado de personas y con permanencia en el ordenamiento jurídico, la Administración está obligada a permitirle a los destinatarios —al menos— la oportunidad de ser oído.

28. Véase, Schwartz, Bernard, “Lions over The Throne”, New York University Press, 1987. Señala este autor que “The right to be heard in this country is more than a principle of natural justice; it is a basic constitutional right. The literal meaning of due process is *fair procedure*. Due process guarantees that the state will treat individuals with fundamental fairness. It means that no person is to be deprived of life, liberty, or property without an opportunity to be heard in defense of his rights. The Supreme Court has said that this is a principle of universal obligation”.

29. Gordillo, Agustín, *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981.

En este sentido, nos afirma Schwartz —citando a Lord Roskill en la decisión *Council of Civil Service Unions vs. Minister for Civil Service*— que para alterar las condiciones pre-existentes de los ciudadanos, en los casos en que no esté de por medio la seguridad y defensa nacional, debe garantizarse el principio del *due process*. Y por tanto, este derecho no debe limitarse exclusivamente a los supuestos en que estén envueltos derechos subjetivos individuales sino también en los casos en que existan expectativas de derechos.<sup>30</sup>

En Venezuela hemos notado una brecha jurisprudencial que debería explotarse para determinar, definitivamente, la obligación de las autoridades Administrativas de permitir el acceso a un proceso justo en los actos administrativos generales de efectos particulares. Doctrina que puede perfectamente trasladarse para todos los actos de carácter general.

En efecto, nuestro Máximo Tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa ha abierto una esperanza al señalar que los actos administrativos generales pueden incluir igualmente disposiciones de efectos particulares (véase sentencias dictadas por la Sala Político-Administrativa en fechas 16 de noviembre de 1989 y 11 de marzo de 1993, casos: *Mochima* y *F. Pérez & Asociados*, respectivamente).

Por tanto, siendo coherentes y buscando una interpretación jurídica adecuada, frente a este tipo de actuaciones administrativas (actos generales de efectos particulares) no deberían encontrarse eximidos los entes públicos del deber constitucional y legal de dar audiencia previa a los interesados, con la sana y legítima consecuencia de una gestión más perfeccionada, lo que reduce, sin duda, la probabilidad de que el acto final incurra en arbitrariedad o irracionalidad y, en consecuencia, incrementará sus perspectivas de éxito de una eventual revisión judicial.

No puede argumentarse, entonces, para tratar de evitar la participación de los interesados, el carácter normativo del acto impugnado, pues esto no es una justificación suficiente o racional para buscar la transparencia de la actividad administrativa por medio del entendimiento concertado de los obligados por el acto general.

En conclusión, podemos señalar que existe la obligación constitucional de garantizar el derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones administrativas de carácter general y a la defensa en todo proceso —incluyendo los destinados a elaborar actos generales—. De forma que ante la insólita omisión de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en consagrar un procedimiento —al menos informal— para elaborar disposiciones generales, debe prevalecer la norma superior, es decir, la Constitución.

### III. DE NUEVO EL DEBATE. LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA HACIA EL EJECUTIVO VS. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES Y LA PARTICIPACION CIUDADANA (TURNING BACK THE LEGAL CLOCK?)

Una reciente controversia, sostenida entre la *new right* y los partidarios de la doctrina del control judicial pleno, pretende hacer ver que los grandes avances jurídicos que han tenido lugar en norteamérica, referentes a los procedimientos de participación ciudadana para elaborar normas de efectos generales y referentes al control judicial de los actos discrecionales, ha traído como consecuencia una actividad administrativa más lenta y menos eficiente.

De ahí que se haya propuesto regresar (*turning back the legal clock?*) a las posiciones tradicionales de la deferencia hacia el Ejecutivo y de libertad de decisión en las cuestiones de Gobierno, negando, en consecuencia, el control judicial de los actos discrecionales y la participación ciudadana en la elaboración de actos de contenido normativo. Por tanto, nos interesa revisar los argumentos expuestos por ambas posiciones, para tratar de desprender los inconvenientes de uno u otro criterio, antes de tratar de adaptar a nuestro país algunos métodos de participación ciudadana.

---

30. Schwartz, Bernard, "*Lions over The Throne*", Op. cit., pág. 181.

En efecto, una nueva marea de opiniones y sentencias americanas han venido recientemente a desempolvar las tesis que, con fundamento en los principios de eficacia y eficiencia en la actividad administrativa, promueven la necesidad de desvincular a los órganos del Poder Público —principalmente a la Administración— de los controles sobre sus actos discrecionales y sobre la elaboración de las normas con efectos generales. Además, se afirma que el hecho de que el jefe de gobierno haya sido elegido popularmente obliga a que los particulares y los órganos de control del gobierno (tribunales contencioso-administrativos) sostengan una constante deferencia hacia el Gobierno en los asuntos discrecionales —entre los cuales se encuentra su potestad normativa— y mantengan sus manos fuera de los asuntos de gobierno (*hands-off*).<sup>31</sup> El líder de esta posición en norteamérica, el Chief Justice Rehnquist, expresa que:

“En una democracia deben ser los agentes elegidos quienes decidan qué hacer sobre los problemas sociales concretos y no un pequeño grupo de personas situadas en posición privilegiada [los jueces] que tendrían una autoridad libre para criticar a posteriori lo que los parlamentos de la Unión y de los Estados y los agentes administrativos federales o estatales entienden que es lo mejor para el país”.<sup>32</sup>

Por otra parte, la sentencia que ha dado origen a esta posición mantenida por la *Nueva Derecha* recayó en el caso *Chevron* de 1985, en el cual se trataba de enjuiciar unas regulaciones hechas por la *Environmental Protection Agency*, según las cuales se podía tratar a las distintas instalaciones que emiten materias que polucionan el medio ambiente de un mismo grupo industrial como si estuvieran incluidos en el mismo bloque. En este fallo del Tribunal Supremo se expone claramente la doctrina de la deferencia hacia el Ejecutivo, puntualizando que para que un juez pueda controlar una actuación discrecional del gobierno necesita seguir dos pasos (*two-step inquiry*). El primer paso para determinar si es claro el sentido de la Ley para resolver el caso cuestionado, esto le obligará a contrastar ese sentido con el que propugna la Administración y el problema termina ahí. Pero si el juez concluye que el sentido de la Ley es ambiguo, entonces debe adentrarse en el segundo paso, que consiste en dar deferencia a la interpretación que haya hecho el órgano administrativo, siempre que no sea abiertamente irrazonable.<sup>33</sup>

Igualmente, en una nueva decisión del año 1993 (caso: *Stinson vs. United States*) la Corte Suprema norteamericana revive la sentencia *Chevron*, señalando que “si una Ley no es ambigua, es la Ley la que decide; sin embargo, si el silencio o la ambigüedad del Congreso ha dejado un espacio para que la Agencia lo rellene, los Tribunales deben otorgar deferencia a la interpretación de la Agencia”. Esta tesis llegó a su máximo extremo con dos recientes decisiones (*Franklin vs. Massachusetts*, 1992 y *Dalton vs. Specter*, 1994), en las cuales se señala que los actos del Presidente no son judicialmente revisables, bajo la perspectiva de la *Administrative Procedure Act*, porque el Presidente

31. Sobre los principales artículos y trabajos que defienden, recientemente, esta posición puede consultarse Scalia, *Judicial deference to administrative interpretation*, en *Duke Law Journal*, 1989; K.W. Starr, *Judicial Review in the post-Chevron Era*, en *Yale Journal on Regulation*, 1986; T.W. Merrill, *Textualism and the future of the Chevron doctrine*, en *Washington University Law Quarterly*, N° 72, 1994; Rehnquist, *The notion of a living Constitution*, en *Texas Law Review*, 1978; S. Davis, *Justice Rehnquist and The Constitution*, Princeton University Press, 1989; C. Edley Jr., *Derecho Administrativo. Reconcebir el control judicial de la Administración Pública*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1995. Algunos de estos artículos los hemos podido consultar en original, de otros sólo sabemos por referencia.

32. Citado por S. Davis, en *The notion of a living Constitution*, *Texas Law Review*, 1978, pág. 207.

33. Para los comentarios de la sentencia puede verse el excelente trabajo ya citado de García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

no es una Agencia en el sentido de la Ley, observando, además, que “cuando una Ley como la de 1990 (del caso) atribuye una decisión a la discreción del Presidente (como pudiera ser la regulación normativa), la *judicial review*, contra la decisión del Presidente no es admisible”.

Esta doctrina ha sido expuesta recientemente en España por Parejo Alfonso, quien llega incluso de hablar de un Nuevo Derecho, el cual debe resaltar la eficacia del gobierno dejando a un lado el formalismo y el exceso del control judicial. Y señala que “el ámbito más propio y peculiar de la eficacia es el de la acción global o de las políticas públicas y requiere de un margen de maniobra de gestión organizativa, mientras que el más específico de la legalidad es el de las actuaciones concretas (procedimientos formales, expedientes y, por tanto, actos con relevancia jurídica e incidencia en ciudadanos singularizados). De ahí que actuación eficaz y actuación conforme a derecho pueden entrar en contradicción en el caso concreto; ahora bien, el hecho de que éste deba resolverse desde luego rigurosa y exclusivamente en Derecho no significa que la Administración no pueda y deba (reaccionando incluso a los resultados finales obtenidos por su acción en los casos singulares) operar en el plano genérico de la gestión organizativa de la forma más oportuna para que la acción administrativa pueda realizar eficazmente los objetivos globales de la política pública”.<sup>34</sup>

Igualmente, esta posición ha sido expuesta, en nuestro país, por Area, quien al tratar este debate entre democracia participativa y democracia de élites se pregunta si las democracias actuales no necesitan más bien “burocracias más eficaces que utilizando tecnologías racionales, logren en el menor tiempo posible y con el menor gasto de energías (materiales, humanos, etc.) los objetivos que se plantean las élites, dado que las masas se han convertido en amenazas potenciales para el sistema y las élites, por el contrario, son las que han pasado a ser sus defensoras”.<sup>35</sup>

Pues bien, contra estas afirmaciones —muchas de ellas expuestas con la mejor brillantez— se han opuesto los partidarios de la democracia participativa y controlada, la cual busca el constante sometimiento del Gobierno al Derecho, principalmente, en sus actuaciones bajo potestades discrecionales, así como el acercamiento —a través de medios de participación— a la toma de decisiones que afecten el interés general. En los Estados Unidos le ha tocado a Schwartz liderizar el contrataque, quien en un artículo dirigido contra el Juez Scalia señala categóricamente que la tesis de la deferencia “golpea en el verdadero corazón del Estado administrativo y en su capacidad de ejercer las funciones que la opinión pública le ha exigido asumir”.<sup>36</sup> Igualmente, Sunstein ha rechazado la tesis de la deferencia (vinculada lógicamente a la democracia de élite) señalando que:

“Un principio cardinal del constitucionalismo americano es que aquellos que están limitados por el Derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación: las zorras no pueden guardar las casas de las gallinas. La regla de Chevron rompe este principio al permitir a las Agencias interpretar el Derecho que limita y controla su autoridad. La necesidad de un árbitro judicial independiente es aquí especialmente urgente”.<sup>37</sup>

Y, al referirse a la decisiones *Franklin vs. Massachusetts*, 1992 y *Dalton vs. Specter*, 1994, Schwartz ha llegado a puntualizar que el sistema judicial americano

34. Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y administración, Tres Estudios*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1995.

35. Area, Leandro, *Los procesos de Decisión Política*, Elementos teóricos para su estudio, op. cit.

36. SCHWARTZ, Bernard, *Shooting The Piano Player? Justice Scalia and Administrative Law*, en *Administrative Law Review*, Nº47, Winter, 1995.

37. C.R. Sunstein, *After The Rights Revolution. Reconciling The Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1990, pág. 224.

parece querer retomar la situación declarada hace más de un siglo: “elegimos un Rey por cuatro años”, recordando además una vieja frase de Nixon: “Cuando el Presidente lo ha hecho, eso significa que no es ilegal”. Según esta tesis de la deferencia propuesta por la *new right* (liderizada por los jueces Scalia y Rehnquist) parecieran querer convertir la deferencia en pura simplemente reverencia.

Incluso, los adversarios de la doctrina *Chevron*, es decir, los que sostienen la necesidad de un control judicial de las decisiones de gobierno, han llegado hasta cuestionar dramáticamente los atributos éticos y personales de los que se inclinan por la tesis de la deferencia. Así, el Senador Edward Kennedy cuestionaba el nombramiento de Rehnquist como miembro del Tribunal Supremo norteamericano, señalando que, bajo “la América de Rehnquist”:

“Las escuelas de América continuarán segregadas. A millones de ciudadanos se le negaría el derecho al voto bajo escandalosas leyes de ordenación de distritos electorales (*apportionment*). Las mujeres serían condenadas a tener un status de segunda categoría como americanos de segunda categoría. Los palacios de la justicia se cerrarían a las acciones individuales contra las brutalidades de la policía y contra los abusos del Ejecutivo, incluso para la prensa. El Gobierno adoptaría una religión y el muro de separación entre la Iglesia y el Estado caería en ruinas. Las mayorías que gobiernen los Estados y las entidades locales nos dirían qué es lo que podemos leer, como conducir nuestras vidas privadas, si hemos de tener niños y como traerlos al mundo, en qué clase de personas debemos convertirnos. Tal resultado sería una retirada radical e inaceptable de las protecciones que los americanos disfrutaban hoy, y nuestra Constitución pasaría a ser un documento disminuido en un país disminuido”<sup>38</sup>

En España, la gran arremetida contra la tesis americana de la deferencia judicial —asomada en ese país por Parejo— le ha tocado a García de Enterría, en el trabajo antes citado, donde, paso por paso, destruye cada uno de los argumentos que pretende hacer ver a los sistemas democráticos —con la excusa del principio de la eficacia— como ajenos o enemigos del control judicial de los actos discrecionales de gobierno y de la participación ciudadana. En este sentido, nos destaca el mencionado autor que:

“En ningún caso la teoría de la democracia puede proporcionar razón alguna para pretender una indiscutibilidad de las decisiones de los gestores públicos y más bien la posibilidad de su impugnación se adecua exactamente al carácter abierto de la sociedad democrática, a su búsqueda de una integración no por mitos globales ni por la imposición forzosa de los valores de las mayorías, sino por el libre desarrollo y las iniciativas de los ciudadanos”.<sup>39</sup>

Y más adelante, concluye el mismo autor, que aceptar apodícticamente que en el sistema democrático actual —caracterizado por ser un Estado de Partidos— los gobernantes representan la voluntad del pueblo y que cuentan a su favor con una legitimidad formal que les justifica sustancialmente ante los órganos de control, “es rendir tributo a una mística de la representación política como identificación, que sólo es propia de ciertos períodos o concepciones revolucionarias, pero que carece de sentido en nuestra sociedad individualista, vivaz y escéptica, y en la realidad política sobre la cual esta sociedad, mal que bien, se organiza y se gobierna”.<sup>40</sup>

Pero, ¿qué podemos desprender nosotros de este intenso debate sobre la deferencia judicial hacia el Ejecutivo? Creemos que lo principal es entender que si bien pareciera que el relajamiento de los procedimientos formales para emitir actos de efectos generales, según exponen los partidarios de la *new right*, permite una mayor flexibilidad en la toma de decisiones y permite —según éstos— aumentar la eficacia en el desempeño de la actividad ad-

38. Citado por García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, op. cit. pág. 177-178.

39. *Ibíd.*, pág. 67.

40. *Ibíd.*

ministrativa, no es menos cierto que este rechazo por los métodos participativos tiene su razón de ser en la exagerada utilización de procedimientos excesivamente formales para elaborar actos de contenido normativo, lo que evidentemente se traduce en una pérdida cuantiosa de la agilidad para atender los intereses generales.<sup>41</sup>

De manera que las posiciones que se han encontrado en contra de los procedimientos administrativos participativos para elaborar las decisiones de Gobierno tienen como fundamento el exceso de regulaciones formales, pero creemos que en el fondo es incuestionable la necesidad de acercamiento entre el ciudadano y su “representante”.<sup>42</sup> Tal y como lo apunta Mashaw, en Estados Unidos es realmente impopular la doctrina de la deferencia, y cada vez que el Congreso norteamericano ha debatido seriamente sobre la revisión judicial de las regulaciones normativas ha procurado hacer que tal revisión sea menos, y no más, deferente hacia la Administración.<sup>43</sup>

Por tanto, tal y como lo señalaremos más adelante, creemos que el modo de conciliar ambas posiciones (doctrina de la deferencia vs. control judicial pleno), es evitando procedimientos participativos complejos o excesivamente formales. Hay que buscar un punto que equilibre la balanza. Participación ciudadana en la elaboración de los actos normativos, pero evitando aprisionar el proceso legislativo en una chaqueta de fuerza formal, es decir, creando un procedimiento flexible y sin complicaciones procesales que puedan complicar o retardar en exceso la actividad administrativa.

Lógicamente, un procedimiento sencillo disminuiría los costos en la elaboración de las normas generales<sup>44</sup> y, a la vez, permitiría legitimar las decisiones normativas, hacerlas con mucha más calidad y sin entorpecer el desempeño institucional. Por tanto, la pasión con que se defiende en norteamérica la doctrina de la deferencia, creemos, tiene su razón de ser en la excesiva utilización de los procedimientos formales, mediante los cuales se llegó a obstaculizar la actividad administrativa. Pero no consideramos conveniente promover un retroceso legislativo (turning back the legal clock) que pretenda hacer ver a los representantes del Gobierno como reyes soberanos cuyos actos han quedado consentidos —mediante el sufragio— con anterioridad, pues éstos no son más que gestores subordinados a la voluntad general formalizada, es decir y utilizando los términos de Locke: están en una relación fiduciaria con el pueblo, por la cual éste, titular de la cosa pública, confía su gestión a las personas que él elige; pero el objeto de esa gestión sigue siendo propiedad del pueblo.

---

41. En efecto, tal y como reseñaremos más adelante, en algunos procedimientos para elaborar actos de contenido normativo (*rules*), las agencias administrativas norteamericanas han requerido de hasta diez años para determinar —por ejemplo— si la mantequilla de maní debía contener 90% o 87% de maní.

42. Debe destacarse, además, que los *headquarters* de las agencias administrativas norteamericanas son elegidos por el Congreso, de manera que el Ejecutivo no tiene injerencia directa sobre su nombramiento y remoción. Esta situación hace que la burocracia americana sea mucho más estable y que su designación atienda a criterios de mérito y no de conveniencia partidista. Esta situación, pensamos, legitima aún más las decisiones de estas agencias. En contraposición en nuestro país, la regla general es que la burocracia está bajo la dependencia del propio Ejecutivo y, normalmente, las designaciones de los altos cargos funcionariales atiende a criterios clientelistas. Por ello, afecta mucho más la ausencia de participación en la elaboración de las normas en nuestro país que en los Estados Unidos.

43. Mashaw, Jerry L., *Preenforcement Judicial Review of Administrative Rulemaking: Some Lessons from Recent American Experience*, en el Libro que recoge las Ponencias de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”, Funeda, Caracas, 1995.

44. Un cálculo realizado por Murray Weidmanbaum llegó a determinar que en los Estados Unidos se gastaban cien mil millones de dólares al año en las regulaciones generales federales, cálculo que, como lo indica Mashaw en el trabajo citado en la nota anterior, fue sumamente controversial.



#### IV. JUSTIFICACION PARA LA PARTICIPACION PUBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACION DE ACTOS GENERALES

Como ya hemos adelantado, el problema de la participación ciudadana en la elaboración de los actos normativos del Gobierno no es simplemente un asunto de conciencia democrática, sino también es un problema de calidad. En efecto, es indudable que un acto de carácter general —de efectos particulares o no— en el cual se le garantiza la participación a los posibles interesados del acto, aseguraría la inserción de todas —o al menos de las más relevantes— opiniones de los destinatarios y, en consecuencia, esa norma no sólo resultará más racional, sino que reflejará adecuadamente los diversos intereses en conflicto y realizará entre ellos una composición que globalmente pueda considerarse razonable. Se pretende que el contenido de la disposición normativa destaque los criterios del conjunto de la colectividad sobre la materia constitutiva de su objeto.

Se ha señalado en el derecho norteamericano que el fundamento real del principio general de la participación pública en los procesos para elaborar actos de efectos generales es, en primer lugar, tratar de mejorar la calidad de la norma propuesta por la autoridad administrativa, señalándose que las agencias administrativas “no son siempre depositarias de la sabiduría última ni gozan del monopolio de la especialización valorativa. Es decir, en muchas ocasiones la Administración desconoce, sin más, algunos de los datos en los que la decisión final acerca del contenido de la norma debería fundarse, y en otras muchas, aun disponiendo de la información fáctica relevante, sus puntos de vista son tan miopes que es necesario un *input* independiente para colocar a dicha información en la perspectiva procedente”.<sup>45</sup>

Y es que no hay que olvidar —como nos dice Díez Sánchez— que la participación ciudadana en el procedimiento no cumplen sólo, ni preferentemente siquiera, una finalidad garantizadora del particular, sino que, más bien, pretende asegurar a la propia Administración una colaboración que ésta necesita para asegurar no sólo la corrección y oportunidad de sus decisiones, sino también su aceptabilidad social y, en consecuencia, su más fácil puesta en práctica y su eficiencia en una palabra, que muchas veces padece por esas razones precisamente.<sup>46</sup>

En segundo lugar —y destáquese el orden de preferencia—, la participación ciudadana en el procedimiento para dictar actos generales permite proteger los intereses particulares potencialmente afectados. De esta forma, se propugna darle contenido a los derechos constitucionales a la participación y a la defensa, a los efectos de buscar una más sana y efectiva administración de los intereses del Estado. Se pretende evitar, en definitiva, que se trate a los ciudadanos como unos simples “*destinatarios pasivos de la voluntad mecánica de una burocracia sin rostro*”.<sup>47</sup>

Por último, y en tercer lugar, el reconocimiento del derecho a ser oído en los procedimientos administrativos “trata de asegurar, a través de la inserción de los oportunos mecanismos procedimentales, que los entes administrativos adopten su decisión final después de conceder a todos los interesados la oportunidad de dar a conocer sus posiciones y de defender su valor relativo. Se pretende garantizar, así, que la acción administrativa final responde a la opinión dominante en la comunidad, esto es, que goza de respaldo democrático”.<sup>48</sup>

En resumen, el fundamento de esta participación ciudadana en el proceso del *rulemaking* es destacada por los especialistas en el Derecho norteamericano señalando

45. Lavilla Rubira, Juan José, “*La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*”, Op. Cit. pág. 98 y ss.

46. Díez Sánchez, Juan José, Op. Cit., pág. 154 y ss.

47. Lavilla Rubira, Juan José, op. Cit.

48. Mashaw, Jerry L., *Due process in the Administrative State*, Yale University Press, New Haven-London, 1985.

que “permite mejorar la calidad del contenido de las normas reglamentarias; medio por el que se concede a los potenciales afectados la posibilidad de defender sus derechos e intereses sustantivos y se les otorga un tratamiento ajustado a las exigencias de su dignidad; instrumento de legitimación democrática del ejercicio del poder cuasilegislativo por agencias no representativas”. Como lo ha destacado la misma jurisprudencia: “el debate público de los problemas a través del *rulemaking* hace la burocracia más sensible a las necesidades públicas y es un importante freno en el crecimiento del absolutismo del régimen que en la actualidad nos gobierna a todos nosotros”.<sup>49</sup>

#### V. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL MODO DE PARTICIPACION EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA ELABORAR ACTOS GENERALES

Una vez analizadas las exigencias constitucionales que evidencian la necesidad de consagrar un procedimiento administrativo para la elaboración de actos de efectos generales y una vez revisada su justificación, nos corresponde ahora —con especial referencia en sistemas de Derecho Comparado— tratar de ensayar un factible proceso previo a la elaboración de este tipo de actos administrativos para nuestro país.

Lo primero que hay que comenzar por decidir es si conviene o no instaurar un proceso previo a la elaboración de los actos normativos de la Administración, tomando en cuenta que en nuestro país, éstos pueden ser impugnados por cualquier ciudadano (*actio popularis*) y en cualquier momento. Es decir, determinar si este control a *posteriori*, no es suficiente para garantizar los derechos de los particulares.

Al respecto, hemos ya señalado que la participación ciudadana no sólo legitima la norma elaborada por los supuestos representantes del pueblo, sino que además, permite mejorar —como hemos dicho— la calidad del acto normativo, con lo que se puede prevenir muchos inconvenientes para los particulares como para la Administración.<sup>50</sup> Además, siempre un sistema que evite que se consoliden situaciones jurídicas ilegítimas es mucho más beneficioso que otro que permita un sano o rápido control de estas situaciones.

Por tanto, es evidente que nuestro país es un claro ejemplo de que la ausencia de controles (y entre ellos el control procedimental) sobre la Administración, no siempre se traduce en mayor eficacia para la elaboración de los planes de Gobierno. Con todo, un sistema participativo en la elaboración de las normas del Gobierno vendría repotenciar nuestro sistema de garantías y a consolidar el “Gobierno de la Legalidad”.

Tomando como premisa, entonces, la necesidad de instaurar un sistema que permita la participación ciudadana en la elaboración de actos de efectos generales debemos observar los modelos que se han tratado de utilizar en el Derecho Comparado. En este sentido, tenemos que existen métodos procedimentales de muy variada índole: unos extremadamente formales, donde prácticamente se exige las mismas obligaciones

49. Decisión dictada en el caso: “National Labor Relations Board vs. Wyman-Gordon, 394 U.S. 759, 778 del año de 1969, citada por Lavilla Rubira, Juan José, “*La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*”, Op. Cit. pág. 110.

50. Creemos importante recordar aquí, que la Administración es también responsable por sus actos normativos. De manera que, cuando dicta una norma que produce daños a la colectividad, a un grupo determinado de individuos o, incluso, a un sólo sujeto, debe reparar los daños causados. Por ello, creemos que la participación de los destinatarios ayudaría a minimizar la responsabilidad del Estado Legislador. Sobre el tema de la responsabilidad del Estado Legislador puede consultarse Quintana Lopez, Tomás, “La responsabilidad del Estado Legislador”, en *Revista de Administración Pública*, N° 135, Madrid, 1994. Y en general, sobre el tema de la responsabilidad de la Administración, véase la excelente obra de Ortiz Alvarez, Luis, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

que en los procedimientos para elaborar actos administrativos particulares o en los procesos judiciales (notificaciones, expediente administrativo, fase probatoria, informes etc.); en otros casos se han diseñado procedimientos mucho más relajados, facultativos o flexibles, donde la participación reviste, por lo general, la forma de consultas más o menos informales, verbales o escritas, con posibilidad de audiencias públicas previamente convocadas.

Precisamente con este tipo de procedimientos informales o flexibles y en materias delicadas o trascendentales —como la bancaria o la alimenticia, por ejemplo— fue que surgió poco a poco en los Estados Unidos de América, la obligatoriedad de trámites administrativos previos a la emisión de actos reglamentarios. En este sentido, en una Ley de 1902 se autorizaba al Secretario de Agricultura, en colaboración con la *Association of Official Agricultural Chemists* y los demás expertos que estimare conveniente, para establecer los niveles de pureza para los productos alimenticios. Esta situación condujo a que ya, a finales de los años treinta, estaba realmente consolidada la práctica de las audiencias públicas (*hearings*) previa elaboración de los actos administrativos de efectos generales (*rules*).

Estos fueron, pues, los antecedentes de la *Administrative Procedure Act* de 1946, en la cual se estableció dos tipos de procedimientos administrativos para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Uno informal, aplicable con carácter general, y otro formal, aplicado en casos excepcionales cuando una Ley expresamente así lo exigiera. El propósito de estas disposiciones —en palabras de la propia Suprema Corte norteamericana— era “permitir a las partes interesadas formular comentarios útiles y no afirmar sus derechos a que la norma adopte un determinado contenido”.<sup>51</sup>

Sin embargo, debe destacarse que muy pronto la práctica administrativa llevó a descartar la utilización de los procedimientos formales<sup>52</sup> en la elaboración de las *rules*, pues lejos de garantizar el derecho a la participación ciudadana tendían a entorpecer exageradamente la actividad normativa de las agencias administrativas. Esta circunstancia la ilustra Lavilla citando dos ejemplos de procedimientos cuya duración excedió de diez años. En uno de ellos se ventilaba si la crema de cacahuete debía de tener un 90% de cacahuetes, como lo proponía la *Food and Drug Administration*, o sólo un 87%, según pretendían los fabricantes. Afirma, el mencionado autor, que esas “actuaciones públicas fueron extraordinariamente prolijas y su utilidad discutible. Por ejemplo, el primer perito presentado por la agencia empleó un día entero en exponer los diferentes procedimientos de fabricación de la crema descritos en los libros de cocina, y en contestar a las preguntas que le fueron formuladas por las restantes partes acerca de las recetas no mencionadas y de sus preferencias personales. En el otro procedimiento se planteaba la determinación de la cantidad de vitaminas y minerales que debe contener la dieta diaria del americano medio, y su conclusión exigió la celebración de doscientos cuarenta y siete días de audiencia pública, cuya transcripción alcanzó las 32.405 páginas”.<sup>53</sup>

Lo que se quiere evidenciar con estos ejemplos es que si bien es necesaria la participación ciudadana en la elaboración de actos normativos o generales, no es menos cierto que estos procesos no deben entorpecer la actividad administrativa, que por lo

51. Decisión *Pacific Coast European Conf. vs. United States*, 350 F. 2d 197, 205.

52. Este riguroso procedimiento consta de una fase donde la agencia anuncia el proyecto de norma a publicar. Acto seguido se articula una fase probatoria en sentido estricto. Luego se desarrolla una fase de alegaciones en la que cualquier interesado puede expresar su parecer a través de escritos, fundado en pruebas practicadas con anterioridad y, por último, se dicta la norma sobre la base de los elementos de hecho que han sido demostrados. Este procedimiento está configurado sobre la base de un proceso judicial.

53. Lavilla Rubira, Juan José, “*La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*”, Op. Cit. pág. 73. Es necesario resaltar también que bajo las leyes americanas que venía exigiendo los procedimientos formales para elaborar las *rules* (como por ejemplo la *Food, Drug and Cosmetic Act*), nunca se completó una norma en menos de dos años.

demás requiere ser oportuna y a veces expedita. Es por ello, que desde el año de 1966 ninguna Ley del Congreso de los Estados Unidos ha exigido que la reglamentación venga precedida de un procedimiento formal y, por tanto, la participación ciudadana se ha venido desarrollando a través del procedimiento informal y a veces con algunas añadiduras del procedimiento formal. Es lo que la doctrina ha denominado el procedimiento híbrido.

El procedimiento informal consiste, de manera resumida y siguiendo a Lavilla, en la publicación en el *Federal Register* (el equivalente a nuestra Gaceta Oficial) del proyecto de norma, mencionando la descripción de la sustancia, de las materias a que se refiere, tiempo y lugar de las actuaciones públicas, entre otras cosas. Posteriormente, cualquier persona que tenga interés en la materia puede remitir a la agencia administrativa respectiva los comentarios escritos que considere pertinente, con o sin oportunidad, por decisión de la agencia, para su presentación oral ante ésta.

Por último, y luego de considerar y ponderar las argumentaciones presentadas por los ciudadanos o asociaciones interesadas, la agencia administrativa procede a publicar en el *Federal Register* la norma final, precedida de una declaración general de su fundamento y propósito (exposición de motivos).<sup>54</sup>

El procedimiento híbrido<sup>55</sup>, por otra parte, es básicamente el mismo al descrito anteriormente sólo que añadiéndole algunas particularidades del procedimiento formal, como puede ser, a manera de ejemplo, la exigencia —por vía de ley se repite— de que la agencia administrativa, además de publicar el proyecto de norma reglamentaria en el *Federal Register*, la notifique a ciertas entidades públicas o privadas susceptibles de ser mayormente afectadas por la norma, celebración obligatoria de audiencia oral y pública, imposición a las agencias del deber de permitir a los interesados la presentación y evacuación de medios probatorios, la obligación de agrupar toda la documentación producida durante el procedimiento en un expediente, etc.

Como puede observarse, en la práctica administrativa norteamericana se ha roto la homogeneidad procedimental establecida en la *Administrative Procedure Act*, estableciéndose, normalmente, un procedimiento informal pero con algunos mecanismos del proceso formal “que posibiliten una intervención más efectiva de los interesados en la determinación del contenido final de la norma, sin que se las necesarias eficiencia y economía de la actividad administrativa se vean, por ello, sustancialmente desconocidas o definitivamente arrumbadas”.<sup>56</sup>

En otros países, como es el caso de España, la participación ciudadana en los procesos para emitir actos administrativos o Reglamentos ha sido mucho más sutil que en los Estados Unidos de América, quizás por el exceso de discrecionalidad que se le otorgó a las autoridades administrativas para determinar cuando se requiere la procedencia del trámite de audiencia pública, exceso que se encuentra plasmado en frases utilizadas por los artículos 130.4 de la Ley de Procedimientos Administrativos y 86 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como por ejemplo: “siempre que sea posible”, cuando “la índole de la disposición lo aconseje”, “salvo cuando se opongán a ello razones de interés público” o “cuando la naturaleza de éste lo requiera”.

Sin embargo, ya en ese país comienzan a superarse estas viejas trabas y parece darse nuevos pasos agigantados hacia la garantía de la participación, mucho más cuando la Constitución de 1978 ha constitucionalizado (artículo 105) el derecho a la participación. De modo que la utilización de las audiencias públicas previas a la promulgación de normas

54. Véase, Lavilla Rubira, Juan José, “El procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América”, en la obra conjunta anteriormente citada, *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, pág. 339 y ss.

55. Este tipo de procedimiento viene diseñado en cada disposición legal, donde se establece la forma en que las agencias administrativas pueden reglamentar estas normas.

56. Lavilla Rubira, Juan José, “La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América”, Op. Cit. pág. 346.

de carácter general ha comenzado a desarrollarse como una exigencia jurídica vinculante que sólo es dispensable mediante la acreditación de la concurrencia de una causa justificada para ello.<sup>57</sup>

Igualmente, ya los cambios legislativos comienzan a vislumbrarse. En este sentido un grupo de parlamentarios del partido Coalición Popular han presentado una Proposición de Ley ante el Congreso, donde se regula la audiencia de los ciudadanos en la elaboración de las disposiciones administrativas y el acceso a archivos y registros administrativos. De modo que, además de las disposiciones legales existentes en las leyes de procedimientos, existe en España la necesidad de aclarar aún más la exigencia del derecho a la participación en los procesos para emitir actos generales.

De todas estas enseñanzas del Derecho Comparado creemos que resulta indispensable avanzar en esos sentidos, con el cuidado de las experiencias sufridas por esos ordenamientos. Si bien pareciera necesario en nuestro país la promulgación de una ley que desarrollare los artículos 50, 114, 68 y 190, ordinal 10º, de la Constitución para la elaboración de normas generales dictadas por la Administración, no es menos cierto que la jurisprudencia pudiera ir abriendo estos nuevos caminos con doctrinas ejemplificantes que resalten la supremacía constitucional sobre el resto de las disposiciones legales, como parece haberlo ya hecho la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en la decisión del 5 de diciembre de 1996, caso: *Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*, al recalcar la necesaria participación ciudadana de las comunidades indígenas en la elaboración de la Ley que organiza el nuevo Estado Amazonas.

Pensamos que las bases que debe orientar la jurisprudencia y la legislación que garanticen los derechos constitucionales a la participación y a la defensa ha de ser exigente, pero no en extremo, para evitar que se dificulte la actividad normativa de la Administración. Un procedimiento administrativo del tipo informal parece ser la solución más sensata,<sup>58</sup> donde se establezcan mecanismos adecuados que permitan que los interesados —o si se quiere cualquier ciudadano— pueda presentar sus consideraciones.

Lógicamente, resulta también necesario establecer las excepciones a estos procedimientos participativos,<sup>59</sup> pues resulta evidente que en ciertos casos la actividad administrativa debe ser secreta o, en otros casos, debe ser urgente. Así, por ejemplo, los actos administrativos generales que involucren la seguridad y defensa del Estado, las cuestiones de naturaleza organizativa o internas, las funciones en los asuntos de relaciones exteriores o, en fin, todas aquellas situaciones donde la Administración justifique una *buena causa* para prescindir del procedimiento previo a la elaboración de normas generales, deben estar previstas en la legislación y las debe tener presente la jurisprudencia.

Otras de las circunstancias que se ha de tener muy presente es lo que se conoce en el derecho norteamericano como doctrina del *hard look*, la cual consiste en el deber de la autoridad administrativa de responder a los comentarios que preceden a la norma general, es decir, la Administración debe realizar un análisis serio de las consideraciones presentadas y explanarlas debidamente en una especie de exposición de motivos de la norma. Si bien esta circunstancia pudiera en la práctica complicar la actividad normativa de las autoridades

---

57. Sentencia de la Sala de Revisión del Tribunal Supremo del 19 de mayo de 1988, citada por Lavilla Rubira, Juan José, “*La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*”, Op. Cit. pag. 346.

58. La conveniencia de los procedimientos informales los explica el jurista norteamericano LORCH, con una frase bastante ilustrativa, cuando señala que cuando un procedimiento “se hace demasiado montañoso, la gente empieza a cavar túneles a su través para bordearlo”. Lorch, R.S., *Democratic Process and Administrative Law*, Wayne State University Press, Detroit, 1969.

59. En la *Administrative Procedure Act* se excluye el deber de permitir la participación “cuando la agencia, por buena causa, determina que la noticia y el procedimiento público sobre ella son impracticables, innecesarios o contrarios al interés público” (sección 553 (b) (B)).

administrativas<sup>60</sup> no puede negarse que de mayor peso resultan los principios del control de la discrecionalidad administrativa, la protección de los intereses afectados, la mejora del contenido de las normas y la legitimidad de éstas.

Por último, es necesario tener muy presente las consecuencias de consagrar un procedimiento previo a la elaboración de normas reglamentarias, entre las cuales podríamos mencionar los posibles vicios de forma que pudieran afectar la resolución definitiva y el tratamiento judicial de estos vicios. En este sentido, es evidente que sería excesivamente lesivo para el interés público la anulación de una norma dictada hace ya años por el simple hecho de que en el procedimiento constitutivo de ese acto se omitió dar audiencia a una pequeña asociación representativa de un minúsculo sector de la comunidad. Ante estas situaciones el Juez contencioso administrativo debe tener presente la trascendencia de los vicios formales y, además, el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia<sup>61</sup> pudiera servir de encomiable ayuda.

Son estas, en conclusión, algunas pequeñas reflexiones que se han de tener presentes a la hora de tutelar y exigir las garantías de la participación y el debido proceso en el camino para la formación de actos de efectos generales, que no debe resistir más ante un modelo de gobierno realmente democrático. El éxito y los errores del Derecho Comparado debe ser estudiado al momento de enfrentarnos ante los inconvenientes que resultan del complejo y difícil proceso de control de la actividad administrativa.

## VI. ALGUNOS AVANCES LEGISLATIVOS EN MATERIA DE PARTICIPACION

Nuestra legislación ha respondido recientemente a la necesidad de vincular a los administrados a la formación de la voluntad administrativa, no sólo por razones de racionalidad, eficacia y control, sino también por motivos de la garantía al derecho ciudadano de participación, evidenciando un gran avance en la lucha por acabar con los viejos escombros de la obsoleta democracia “representativa”. Así, puede observarse los distintos mecanismos de participación directa y previa a la promulgación de los actos de carácter general ensayados por la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.<sup>62</sup>

60. En efecto, la doctrina del *hard look* puede en ciertos casos afectar notablemente la actividad administrativa, pues se obliga a la autoridad administrativa a inmiscuirse en circunstancias muy especiales que pudieran escapar de sus posibilidades. Esta situación la puso en evidencia la Magistrada Wald, expresando el parecer del *D.C. Circuit Court of Appeals* en un caso en el año 1981, donde concluía: “Hemos leído el expediente con la atención probablemente más detenida que jueces mortales pueden prestar a sus miles de páginas... No somos ingenieros, programadores, informáticos, economistas o estadísticos, aunque muchos de los documentos incluidos en el expediente requerían tal especialización —y más—. En último término, sólo podemos hacer nuestro mejor esfuerzo para comprender, para comprobar que el resultado no es absurdo y para asegurar que no ha tenido lugar nada ilegal o irracional. En este caso hemos recorrido un largo camino para llegar a una breve conclusión: la norma es razonable”. Sentencia citada por Lavilla Rubira, Juan José, “*La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*”, Op. Cit. Pág. 143.

61. La mencionada disposición le da la posibilidad al juez contencioso administrativo de fijar los efectos de su decisión en el tiempo. Véase, al respecto, la decisión dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 19.01.88, caso: “*Ramón Escovar León*”.

62. Véase, Ayala Corao, Carlos M., “Consideraciones sobre el desarrollo legislativo inadecuado de derechos y garantías constitucionales”, Op. cit. Ya hemos destacado que en materia de elaboración y reforma de planes de ordenación del territorio y de planes de ordenación urbanística es donde se encuentran las experiencias de participación administrativa más generalizadas. En este sentido, el Código Federal del Suelo alemán establece un complejo procedimiento que da cabida a la participación ciudadana; en Gran Bretaña desde hace

En este sentido, se observa que en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio se consagra un sistema de participación ciudadana en la elaboración de los planes de ordenación del territorio. El artículo 27 de la indicada Ley destaca que durante la elaboración de los planes respectivos se incorporarán a las discusiones, conforme lo determine el Reglamento, a representantes de organismos públicos y privados nacionales, regionales, estatales y municipales, según los casos, que integren los diferentes sectores interesados. Para ello, señala la mencionada norma, las Secretarías Técnicas durante la elaboración del proyecto, adelantarán un amplio proceso de consulta, de conformidad con lo establecido en el Reglamento.

Igualmente, en el artículo 22, ordinal 4º, de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, dentro de las atribuciones de la Comisión Nacional de Ordenación del Territorio, se establece la de someter el respectivo plan “a un proceso de consulta a través del mecanismo que al efecto determine el reglamento”, debiéndose cuidar, de “que estén incluidos representantes de organismos públicos y privados, nacionales y regionales que integren los diferentes sectores del país”. Además la misma Ley prevé un mecanismo de consulta pública en relación con los Proyectos de Planes (artículo 28) a los efectos de someterlos “al conocimiento público con el objeto de oír la opinión de los interesados y recibir los aportes de la comunidad debidamente organizada”.

Estos procesos de consultas públicas se consagran, también, respecto de los planes de ordenamiento de las áreas bajo régimen de administración especial (artículo 32) y respecto de los planes de ordenación urbanística (artículo 30).

En el mismo sentido, en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística se establecen una serie de mecanismos participativos que consagran la participación ciudadana en los planes de desarrollo urbano local. De esta forma, una vez elaborado el Proyecto de plan de desarrollo urbano local por el organismo municipal respectivo, éste será sometido a la Cámara Municipal para que ésta autorice su publicación, a los efectos de la información y consultas públicas necesarias (artículo 38).

Esta etapa de información y consultas públicas se llevará a cabo durante un lapso de sesenta días continuos siguientes a la publicación, en el cual los interesados podrán hacer las observaciones que estimen oportunas o convenientes. Finalizado este lapso, se abre otro de treinta días continuos para recibir en audiencia a los representantes de los organismos públicos o privados con injerencia en el plan, a fin de conocer su opinión con respecto al mismo (artículo 38). Los plazos para estos procesos de información se darán a conocer en un periódico de circulación local, en anuncios que precisarán el o los sitios de exposición del plan, las horas de audiencia y demás formalidades (artículo 39).

Para la aprobación de estos planes se requiere que el Concejo Municipal, antes de proceder a la aprobación definitiva, publique el plan en la Gaceta Municipal con la finalidad de garantizar a la ciudadanía en general la información correspondiente (artículo 42). Esta participación será igualmente necesaria en los casos de modificaciones o reformas de los planes de desarrollo urbano (artículo 45).

Por último, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística prevé la participación ciudadana en los casos de cambios de zonificación (artículo 46). Así, una vez que el Proyecto de Ordenanza sobre cambio de zonificación ha sido aprobado en primera discusión, el Concejo Municipal determinará el día y la hora cuando la Cámara oírá públicamente a los interesados, previa información al público del nuevo uso propuesto para la zona afectada.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece una serie de mecanismos de participación ciudadana destinados al control de estos órganos administrativos locales, que van desde la posibilidad de revocatoria del mandato del Alcalde, posibilidad de convocar a un referéndum, iniciativa para la creación de

---

bastante tiempo se encuentra establecido un modesto mecanismo de participación popular. Igualmente, en España esta materia es la que ha evolucionado mucho más rápido como sistema participativo en relación con el resto de las áreas del Derecho Administrativo.

entidades locales, solicitud de reconsideración de Ordenanzas, Cabildos Abiertos, vigilancia vecinal y hasta los controles patrimoniales.<sup>63</sup>

Baste tan solo destacar la posibilidad que tienen el 10% de los vecinos de una determinada comunidad de solicitar ante el Concejo Municipal la reconsideración de las Ordenanzas, dentro de un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de la publicación de la Ordenanza. Antes esta solicitud el Concejo tiene un lapso de sesenta días para pronunciarse sobre los planteamientos presentados. En caso de que no se responda dentro del mencionado lapso, la Ordenanza quedará automáticamente suspendida por un plazo igual de sesenta días.

En conclusión, nuestra legislación parece avanzar en la nueva onda de los sistemas participativos, sin embargo, la jurisprudencia es la que debe dar los pasos decisivos para ir acoplando todos los principios constitucionales que han sido previamente expuestos a toda la actividad normativa de la Administración Pública e incluso, hasta los entes privados con posibilidad de dictar normas que vinculen a los ciudadanos. Es sin duda impretermitible un sistema que garantice la transparencia administrativa y respete al ciudadano no como un mero elector sino como un sujeto que puede aportar soluciones a la colectividad. Una información democrática es esencial a los efectos de articular una sociedad pluralista mediante métodos y soluciones institucionales de carácter antiburocrático.

#### BIBLIOGRAFIA

- ARAUJO JUAREZ, José, *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, Vadell, Caracas, 1989.
- AREA, Leandro, *Los procesos de Decisión Política, Elementos teóricos para su estudio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.
- AYALA CORAO, Carlos M., "Consideraciones sobre el desarrollo legislativo inadecuado de derechos y garantías constitucionales", en el libro *Constitución y Reforma, Un proyecto de Estado social y democrático de derecho*, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas, 1991.
- AYALA CORAO, Carlos M. "La democracia venezolana frente a la participación política", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 16*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- BARRAGAN, Julia, *Cómo se hacen las leyes*, Técnica Planeta, Caracas, 1994.
- BREWER-CARIAS, Allan R., "Justicia Constitucional", en la obra colectiva, *El derecho Público de finales de Siglo. Una perspectiva Ibero-americana*, Fundación BBV, Editorial Civitas, Madrid 1996, pags. 517 a 570.
- BREWER-CARIAS, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1990.
- CARR, Cecil T., *Delegated Legislation, Three Lectures*, The University Press, Cambridge, 1921.
- CONTRERAS, José Gregorio, "La democracia Participativa en el Constitucionalismo Moderno", en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, Vol. I, Panapo, Caracas, 1996.
- DAVIS, Kenneth, *Administrative Law Treatise*, 1970 Supplement, West Publishing Co., Minnesota, 1971.

---

63. Para un análisis más detallado del sistema de participación ciudadana en la esta Ley, véase Ayala Corao, Carlos M. "La participación ciudadana en el nuevo Régimen Municipal", en la obra colectiva *Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990.



- DAVIS, S., *Justice Rehnquist and The Constitution*, Princeton University Press, 1989.
- DIEZ SANCHEZ, Juan José, “*El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*”, Civitas, Madrid, 1992.
- EDLEY Jr., Christopher, *Derecho Administrativo. Reconcebir el control judicial de la Administración Pública*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1995.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1983.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida Administrativa”, en el *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*, Madrid, 1989.
- GARCIA PELAYO, Manuel, *Obras Completas*, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús, *El procedimiento Administrativo*, Abella, Madrid, 1964.
- GORDILLO, Agustín, *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José, “El procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América”, en la obra conjunta *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*.
- LORCH, R.S., *Democratic Process and Administrative Law*, Wayne State University Press, Detroit, 1969.
- MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo, “Actos administrativos generales y Reglamentos”, en *Revista de Administración Pública N° 40*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- MASHAW, Jerry L., “Due process in the Administrative State”, *Yale University Press*, New Haven-London, 1985.
- MASHAW, Jerry L., “Preenforcement Judicial Review of Administrative Rulemaking: Some Lessons from Recent American Experience”, en el Libro que recoge las Ponencias de las *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías*, Funeda, Caracas, 1995.
- PAPINI, Roberto, *La participación Des Citoyens su Pouvoir Politique*, Centre international démocrate Chrétien d’information et de documentation Cahiers N° 6, Rome, 1971.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y administración, Tres Estudios*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1995.
- PUTNAM, Robert D., *Para hacer que la democracia funcione*, Editorial Galac, Caracas, 1993.
- PARKER, Reginald, “*Administrative Law*”, The Bobbs-Merril Company, Indianapolis Publishers, 1952.
- REY, Juan Carlos, *Ideología y cultura política: el caso del populismo latinoamericano*, Politeia, N° 5, 1976.

- REY, Juan Carlos, *Apogeo y decadencia de la democracia representativa, en América Latina Alternativas para la democracia*, Monte Avila Editores, Caracas, 1992.
- REHNQUIST, “The notion of a living Constitution”, en *Texas Law Review*, 1978.
- REZSOHAZY, Rudolf, *Sociedad comunitaria y participación*, Editorial Ateneos de Caracas, Caracas, 1979.
- SANCHEZ MORON, Miguel, “*La participación del ciudadano en la Administración Pública*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- SCALIA, “Judicial deference to administrative interpretation”, en *Duke Law Journal*, 1989.
- SCHWARTZ, Bernard, “*Lions over The Throne*”, New York University Press, 1987.
- SCHWARTZ, Bernard, “Shooting The Piano Player? Justice Scalia and Administrative Law”, en *Administrative Law Review*, Nº47, Winter, 1995
- SCHMIDT-ABMANN, E., “El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el Principio Democrático”, en el libro *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993.
- STASSINOPOULOS, Michael, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, París, 1976.
- SUNSTEIN, C.R., *After The Rights Revolution. Reconceiving The Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1990.